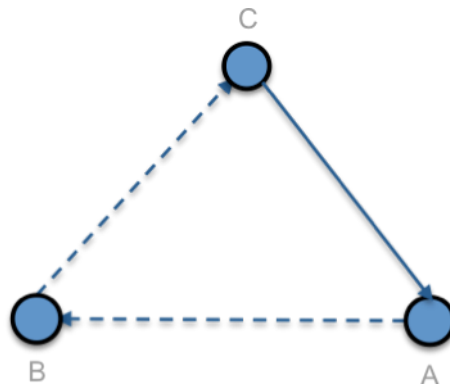


Medvirkning til ulovlig fildeling



Kandidatnummer: 511

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen ord: 17.574

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Problemstilling og avgrensning	3
1.2	Fildelingsaktørene og deres roller	4
1.3	De aktuelle hovedhandlinger	8
1.3.1	Tilgjengeliggjøring	8
1.3.2	Eksempларfremstilling	10
1.4	Om digitale eksemplarer	11
<u>2</u>	<u>MEDVIRKNING TIL ULOVLIG FILDELING</u>	<u>13</u>
2.1	Om hvilke medvirkningshandlinger oppgaven tar for seg	14
2.1.1	Medvirkning etter fullbyrdet hovedhandling	15
2.1.2	Medvirkningshandlinger foretatt før hovedhandlingens fullbyrdelse	17
2.2	De objektive vilkår for medvirkning til fildeling	19
2.2.1	Generelle betraktninger	19
2.2.2	Flere aktuelle medvirkningsteorier	21
2.2.3	Vilkår for psykisk, fysisk og passiv medvirkning til fildeling	21
2.2.4	Rettstrid ved aktiv medvirkning	25
2.2.5	Rettstridsreservasjonen ved åndsverklovens uaktsomhets- og forsettskrav	26
2.3	De subjektive vilkår for medvirkning	27
<u>3</u>	<u>ULIKE MEDVIRKNINGSHANDLINGERS STRAFFBARHET</u>	<u>33</u>
3.1	Betydningen av at erstatningsbestemmelsen i åvl. § 55 henviser til vurderingstemaer i straffebestemmelsen § 54.	33
3.2	Napster-dommen: lenking er medvirkning til tilgjengeliggjøring	35
3.2.1	Lenkingens opphavsrettslige betydning	35

3.3 Handlingens omfang. Hvor stor del av filen må deles før man medvirker. Grensen for medvirkning.	37
3.4 Om <i>fysisk</i> og <i>psykisk</i> medvirkning til fildeling	38
3.5 Medvirkeransvaret ved ulike fildelingssystemer og for ulike tjenesteytere.....	43
3.5.1 FTP-server	44
3.5.2 BitTorrent	47
3.5.3 Hub-eier	50
3.5.4 Lenking til ulovlig innhold	51
3.5.5 Netthvert (webhotell).....	53
3.5.6 Søkemotorer.....	54
3.5.7 Internettleverandører	55
<u>4 NÅR ER MEDVIRKNINGSHANDLINGEN AVSLUTTET.....</u>	<u>59</u>
<u>5 AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u>	<u>61</u>
<u>6 REGISTER</u>	<u>63</u>
6.1 Litteraturliste	63
6.2 Lover	64
6.3 Forarbeider	64
6.4 Direktiver	64
6.5 Dommer	65
6.6 Liste over figurer	A

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Den omfattende bruken og utviklingen av Internett har resultert i kommunikasjonsverktøy med muligheter for svært effektiv informasjonsutveksling. I tillegg til å være et nyttig verktøy, kan den nye teknologien også misbrukes. Fra et opphavsrettsperspektiv er overtredelsene i den nyere tid blitt relativt utbredte og hyppige. I denne oppgaven skal det tas utgangspunkt i overtredelse av åndsverkslovens bestemmelser, med fokus på å klarlegge grensene for den straffbare medvirkning til fildeling.

Det er mange tekniske metoder og programmer tilgjengelig for den som vil dele filer med andre. I alminnelighet blir prosessen der en fil ved hjelp av en nettverksforbindelse¹ og et dedikert *fildelingsprogram* kopieres fra en datamaskin til en annen, kalt fildeling. Begrepet vil på tross av dets noe unøyaktige innhold tas i bruk også her, bortsett fra i de tilfeller der en mer konkret beskrivelse av overføringene er klargjørende. I denne forbindelse skal det nevnes at ikke all fildeling er ulovlig, begrepet favner både lovlige og ulovlige handlinger. Med stadig høyere overføringshastigheter, er fildeling av tekst, bilder og musikk, og selv større multimediafiler som film og TV-serier, allerede innenfor rekkevidde for den gjengse nettbruker. Det er i dag ganske klart at mye av den såkalte fildelingen ikke bare omfatter lovlig innhold, for eksempel spres mange åndsverk uten opphavsmannens samtykke.

Siden denne oppgaven tar for seg medvirkning, blir det også nødvendig med en grunnleggende vurdering av de aktuelle hovedgjerninger i åndsverkloven, nemlig tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling². Medvirkningsansvaret følger her av § 54,

¹ Fildeling kan altså skje på andre måter enn over Internett.

² Dette kan skje ved både nedlasting og opplasting.

tredje ledd, jfr. § 2. Drøftelsene av hovedgjerningene er likevel forsøkt avgrenset til den betydning de har for medvirkningsspørsmålene.

Når det gjelder medvirkningsansvarets avgrensning, er oppgavens fokus rettet mot det *strafferettslige* medvirkningsansvar. Det vil si at jeg ved vurderingen av hvor grensen for medvirkningsansvaret går, i det vesentlige drøfter dette ut fra rekkevidden av åvl. § 54. Likevel er sammenhengen mellom erstatningsbestemmelsen i § 55 og straffebestemmelsen i § 54 viet spesiell oppmerksomhet, jfr. pkt. 3.1. Med den problemstillingen for øyet, og med bakgrunn i de ulike strafferettslige vurderingstemaene, bør det være mulig å få et inntrykk også av rekkevidden av det erstatningsmessige medvirkningsansvaret.

For lettere å kunne vise sammenhengen og ulikhetene mellom problemstillingene i oppgaven, benytter jeg en modell som forklarer hvordan fildelingen mellom de forskjellige parter foregår, jfr. utgangspunktet i figur 1 nedenfor.

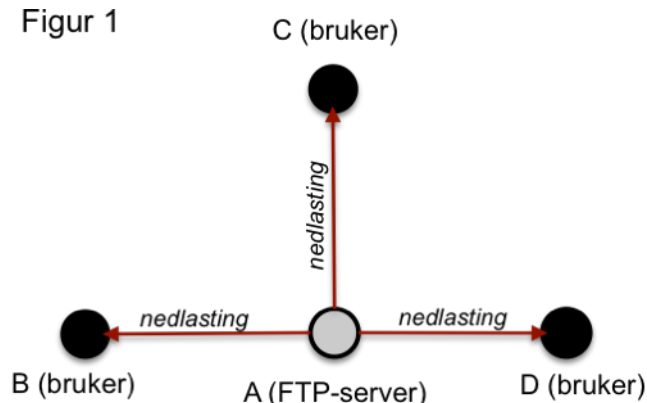
I det følgende skal det av systematiske hensyn gis en funksjonell beskrivelse av visse sentrale fildelingshandlinger med henblikk på aktørene i en slik handling, og forholdet mellom dem. En del av disse til dels avanserte fildelingsvarianter vil da beskrives med utgangspunkt i de tegnede modeller. Den nærmere sammenhengen mellom aktørene og deres roller vil bli utredet for hvert problemområde, for slik å kunne beskrive den juridiske rekkevidden av medvirkningshandlingene, hvilket er denne oppgavens tema.

1.2 Fildelingsaktørene og deres roller

Tradisjonelt har fildeling skjedd ved enkeltoverføringer fra én sentralisert server til de ulike brukere. En av de tidligste fildelingsteknikkene i denne kategorien er den såkalte FTP-protokollen³, som kan beskrives som en *server til klient*-teknologi. Her ligger filene brukerne er ute etter på serveren, og filene lastes ned derfra. Det er ingen interaksjon mellom brukerne, og FTP-serveren kan heller ikke koble de ulike brukere sammen.

³ En FTP-server er et dataprogram som gjør det mulig for brukere å anvende protokollen FTP (*File Transfer Protocol*) til å overføre filer.

Figur 1



Figur 1 viser en prosess som er beskrivende for forholdet mellom *nedlastere* og *tilgjengeliggjørere*, både på området for såkalt web-basert deling og deling fra FTP-server. Dette er en situasjon der serverens eier (administratoren) tilgjengeliggjør innhold på serveren, og administratoren kan velge hvorvidt brukerne får laste opp nye filer eller ikke. Hvis vi antar at administratoren i dette tilfellet *ikke* tillater opplasting, vil brukerne B, C og D være nedlastere, og servereier A er tilgjengeliggjører. I utgangspunktet er disse to typer aktører tilstrekkelig for at fildeling skal kunne finne sted.

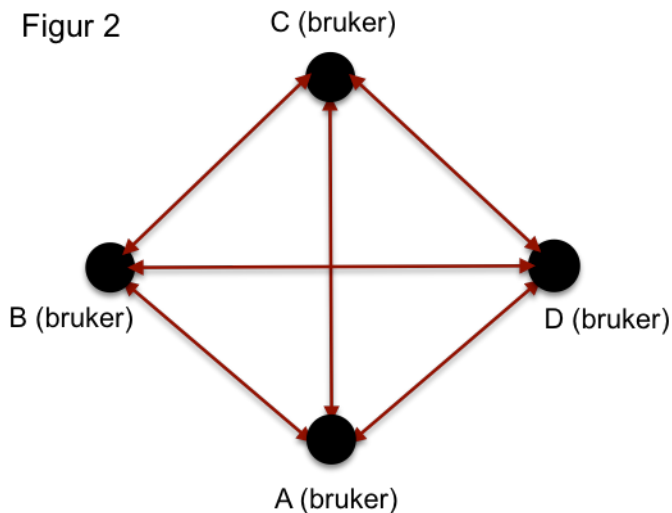
For å kunne laste ned via FTP-protokollen, behøver brukeren en programvare som lovlig kan lastes ned fra mange nettstedet. Det er dessuten mulig å laste ned fra en FTP-server uten dedikert programvare, nemlig slik at de fleste nettlesere i dag støtter både pålogging og nedlasting. Følgelig ligger slike filoverføringer i skjæringspunktet for hva som etter ovennevnte definisjon i pkt. 1.1 kan kalles «fildeling», nærmere bestemt passer betegnelsen her bedre for FTP-serverens eiers handlinger snarere enn den enkelte nedlaster.

Slike server til klient-nettverk skiller seg fra den nyere *peer to peer*-teknologien (såkalte P2P-nettverk⁴). De tidligste variantene av P2P-nettverk opererte også med en sentralisert server⁵, likevel slik at de tilkoblede brukere kunne fungere både som servere

⁴ Uttrykket henspiller på at de tilkoblede brukerne er likeverdige, i denne sammenhengen betyr dette at alle som er tilkoblet et P2P-nettverk kan operere både som server og klient. Noe forenklet innebærer dette at en «peer» både kan laste ned og opp.

⁵ Den sentraliserte serveren i et førstegenerasjons P2P-nettverk lagrer all informasjon om nettverket, bortsett fra selve filene. Brukerne søker etter filer ved å sende forespørsler til den sentraliserte server,

og klienter i forhold til hverandre, derfor beskrivelsen «peer» eller «node»⁶. Et (utenlandsk) eksempel på et P2P-nettverk med sentralisert server-teknologi var Napster⁷, som ble stengt i 2001. Det var særlig etter at Napster ved dom ble tvunget til å stenge at desentraliserte P2P-nettverk dukket opp. Ut fra et håndhevelsesperspektiv er dette en type nettverk som det både rettslig og rent faktisk er vanskeligere å få stilt til ansvar. I tillegg utnytter P2P-nettverk båndbredde og maskinressurser mer effektivt.



Figur 2 viser den skjematisk sammenhengen mellom brukere (*peers*) i et desentralisert P2P-nettverk. Pilene symboliserer muligheten for opp- og nedlasting mellom alle brukere. I et nettverk som dette vil hver aktør kunne inneha to roller, nemlig både tilgjengeliggjørere og nedlaster.

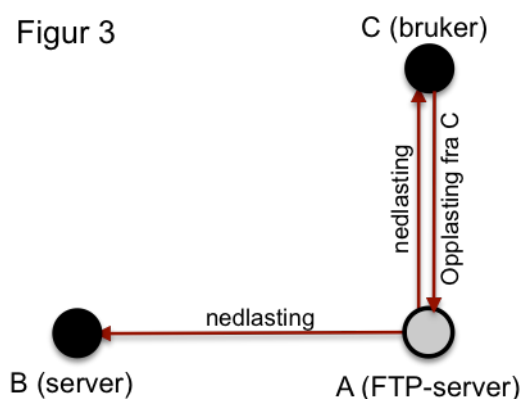
Om vi legger til grunn at person A i figur 1 drifter en FTP-server, kan som sagt A velge å tillate opplasting fra eksterne brukere til seg selv. Dersom brukerne laster opp opphavsrettsbeskyttet materiale er vil dette være både tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling. I et slikt tilfelle blir imidlertid også *medvirkningsrollen* aktuell, i det A gjør det mulig for andre å tilgjengeliggjøre opphavsrettsbeskyttet materiale på sin server, jfr. figur 3.

som deretter sender tilbake informasjon om hvilke noder (datamaskiner) som har den ønskede filen, samt at serveren muliggjør oppkobling, nedlasting og opplasting mellom alle peers.

⁶ Begrepet «node» er strengt tatt litt for generelt til at det er fullstendig treffende. Node kan bety nær sagt hvilken som helst enhet som sørger for at datastrømmen i et nettverk, mens det her siktes til nettverksrollene tjener (server) og klient.

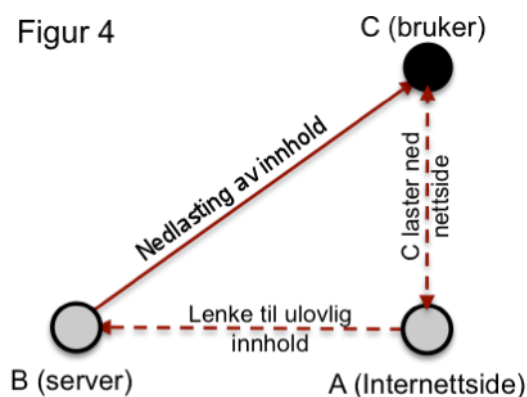
⁷ Må ikke forveksles med *napster.no*, nettstedet som ble erstatningsansvarlig i den såkalte Napsterdommen (Rt. 2005 s. 41). Den nedlagte Napster-applikasjonen det her er tale om, har for øvrig gjenoppstått som en lovlig betalingstjeneste.

Figur 3



Bruker C legger til nye filer ved å laste opp, men laster også ned filer som allerede ligger på server A. I dette tilfellet er C både tilgjengeliggjører og nedlaster. A er nå tilgjengeliggjører og medvirker⁸. B kan laste ned både C's filer administrator A medvirker til å tilgjengeliggjøre, og det som allerede var tilgjengeliggjort ved A.

Figur 4



Et rollefordelingstilfelle av mer separat karakter er fremstilt i figur 4, der *nettsiden*⁹ A opererer med lenker til innhold som ligger på en ekstern server. Her leser C nettside A som inneholder en link til serveren B. Nedlastingen av det eventuelt ulovlige innhold foregår teknisk sett fra B til C. A medvirker, uten hverken å laste ned eller tilgjengeliggjøre ulovlig innhold.

Dette viser at medvirkning kan finne sted uten at medvirkeren laster ned eller tilgjengeliggjør. Det er med andre ord tre roller som kan opptre i en fildelingssituasjon: nedlaster, tilgjengeliggjører og medvirker. Alt ettersom hvilken teknikk som er benyttet,

⁸ A kan her sies å være medvirkende både til C's tilgjengeliggjøring og B's nedlasting av C's opplastede filer.

⁹ Med «nettsiden» menes i denne forbindelse den person som er ansvarlig for nettsiden og dens innhold, og ikke den aktuelle nettvert eller internettleverandør.

vil disse tre partstyper kunne gli over i hverandre, og en aktør kan inneha flere og evt. alle rollene til enhver tid.

Det er for øvrig ikke tilfeldig hvilke nedlastingsvarianter som er vist i figur 1 og 2; disse utgjør for alle praktiske formål utgangspunktet for fildeling slik den foregår i dag. Denne oppgavens fildelingseksempler hører enten med til en av disse to kategoriene, eller er utslag av en kombinasjon.

1.3 De aktuelle hovedhandlinger

For å klargjøre hva som menes med medvirkning til fildeling, skal det her kort presiseres både hva som ligger i begrepene tilgjengeliggjøring og ulovlig eksemplarframstilling.

1.3.1 Tilgjengeliggjøring

Såkalt *tilgjengeliggjøring for allmennheten* etter åndsverkloven § 2 tredje ledd omfatter spredning av eksemplarer, offentlig fremføring og offentlig visning. I vår sammenheng er det kun den offentlige fremføringen som er i fokus, jfr. tredje ledd bokstav c¹⁰ og fjerde ledd¹¹. Tilgjengeliggjøring ved offentlig visning eller spredning av eksemplarer¹² forutsetter fysiske og ikke digitale eksemplarer, og er dermed ikke aktuelle problemstillinger.

Generelt vil offentlig¹³ fremføring måtte sies å finne sted når filer som inneholder åndsverk publiseres på hjemmesider eller lastes opp til åpne servere. En avspilling av

¹⁰ § 2 tredje ledd bokstav c omfatter også indirekte visning og faller inn under fremføringskategorien, og utenfor konsumpsjonsretten i åvl § 30 – i motsetning til visningsretten ellers. Se også Ot. prp. nr 46 (2003-2004) s 19, 140 og 161.

¹¹ Fjerde ledd er ment som en ikke uttømmende liste over forhold som faller inn under tredje ledd bokstav c, jfr. op.cit. s 161.

¹² Spredning av eksemplarer er således noe annet enn eksemplarframstillingsretten, som omtales i pkt. 1.3.2.

¹³ «Offentlig» har i denne forbindelse samme juridiske innhold som uttrykket «allmennheten», jfr. Ot.prp. nr 46 (2003-2004).

åndsverket regnes som fremføring, men selv den rene overføring av verket via Internett er en «fremføring» etter åvl. § 2 tredje ledd.¹⁴

Naturlig nok regnes det som tilgjengeliggjøring at verket er lastet opp til en plassering der verket kan lastes ned av allmennheten, det er ikke nødvendig at verket faktisk har blitt lastet ned. Så lenge muligheten for nedlasting og deling til andre brukere er opprettet, er verket tilgjengeliggjort. På dette stadiet er det dermed opp til andre å velge om de vil laste ned innholdet eller ei, og det kan skje uten innflytelse på tilgjengeliggjøringshandlingen.¹⁵ Slik tilgjengeliggjøring ansees som fremføring av verket, og til dette kreves samtykke fra opphavsmannen, jfr. åvl § 2, første og tredje ledd.

Høyesterett har til en viss grad definert grensene for hva som kan regnes for tilgjengeliggjøring gjennom sin redegjørelse for valg av avgjørelsesgrunnlag i Rt. 2005 s. 41 (Napster-dommen). Saken gjaldt krav om erstatning i medhold av åvl. § 55 for nettstedet napster.nos lenking til om lag 170 musikkfiler i mp3-format. Lenkene ble lagt inn på nettstedet av eksterne brukere, noe nettstedet åpent oppfordret til. De ankende parter¹⁶ hadde anført at lenkingen måtte ansees som tilgjengeliggjøring. Høyesterett avgjorde saken på dens subsidiære grunnlag, nemlig medvirkningsgrunnlaget, og personen ansvarlig for nettstedet ble ilagt erstatningsansvar.¹⁷ I den forbindelse presiserer Høyesterett, med henvisning til forarbeidene, at eneretten til å gjøre verket tilgjengelig omfatter «enhver måte å gjøre allmennheten kjent med verket», altså at tilgjengeliggjøringsbegrepet er teknologinøytralt. Videre slår retten fast at eneretten ikke går tapt når verket offentliggjøres første gang. Dessuten vil en videreføring av en annens tilgjengeliggjøring måtte anses som en selvstendig tilgjengeliggjøring – og ikke som medvirkning¹⁸.

¹⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 19.

¹⁵ Se også figur 2, side 6.

¹⁶ Dvs. rettighetshaverorganisasjonene.

¹⁷ Selv om dommen gjelder erstatningsansvar etter § 55, er det antatt at dommen har betydning for hvordan det strafferettslige ansvar skal bedømmes etter åvl. § 54. Dette antas å gjelde også etter lovendringene som har funnets sted etter at forholdene omtalt i dommen fant sted, jfr. NOU 2007:2 s. 115.

¹⁸ For en nærmere drøftelse av dette, se pkt. 3.2.

1.3.2 Eksemplarframstilling

Opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling følger av åvl. § 2, første ledd. Utgangspunktet er at både nedlasting og opplasting av filer medfører en eksemplarframstilling. Med lovendringen i 2005 har forbudet mot eksemplarframstilling *til privat bruk* blitt lovfestet. Prinsippet følger nå av åvl. § 12 fjerde ledd, jfr. § 2 annet ledd.

Kravet til lovlig kopieringsgrunnlag gjelder likevel bare ved *eksemplarframstilling* til privat bruk. Det er eksempelvis ikke ulovlig å lytte til en musikkfil som er ulovlig tilgjengeliggjort på Internett, selv om en slik handling medfører både midlertidig eksemplarframstilling og avspilling av musikk.¹⁹ Den midlertidige eksemplarframstillingen rammes av § 2 første ledd, men er unntatt ved åvl. § 11a. Lyttingen er ikke forbudt da lyttingen er en fremføring og ingen eksemplarframstilling.²⁰ Denne lovgivningsteknikken, altså sammenhengen mellom § 2 og § 11a, er for øvrig et utslag av gjennomføringen av Opphavsrettsdirektivet i norsk rett.²¹

Lovendringen i § 12 fjerde ledd ble i media omtalt som «mp3-loven», og flere av landets største aviser samt diverse interesseorganisasjoner²² stilte seg kritisk til endringen. Flertallet av partiene i Norge i dag har ikke i sitt partiprogram ytret noe ønske om å endre loven, selv om det riktignok finnes partier som støtter ideen om at åndsverk skal kunne deles fritt på Internett. Om en dette skulle settes ut i livet, ville også forbudet mot offentlig fremføring måtte modifiseres. Forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, særlig med hensyn til EØS-avtalen, ville dessuten gjort dette meget vanskelig.

¹⁹ Såkalt streaming innebærer at lyd og bilde kan avspilles på brukerens maskin, men uten at filen lagres annet enn midlertidig. Dette forholdet kan altså ikke rammes av forbudet mot ulovlig kopieringsgrunnlag.

²⁰ Se Ot.prp. nr 46 (2003-2004) s 142.

²¹ Se også Ot.prp. nr 46 (2003-2004) s. 16

²² For eksempel EFN, Elektronisk Forpost Norge.

1.4 Om digitale eksemplarer

Digitale kopier av alle typer åndsverk kan som overnevnt spres²³ ved mange ulike fildelingsmetoder og -tjenester. En del tjenester sørger for at brukeren laster ned lovlig innhold, all den tid legitime nettbutikker har avtaler gjennom rettighetshavere om det som ofte kalles «salg» av digitale kopier. Etter norsk rett kan en kopi som man har lastet ned og betalt for hverken anses som kjøp eller salg.²⁴ Her anses selve kopieringsprosessen, og retten til å bruke filen, for å være en stiftelse av en ny rettighet²⁵. Tilretteleggingen av nedlastningshandlingen må betegnes som en tjeneste.

En fil av denne typen som lastes ned over nett, kan uansett rettmessig betaling og opphavsmannens samtykke ikke være gjenstand for konsumpsjon etter åvl. § 19.²⁶ Dette i motsetning til hvordan rettsforholdet er ved kjøp av et fysisk eksemplar, som en musikk-CD, eller en bok. I slike tilfeller kan opphavsmannen overdra rettighetene til eksemplaret til kjøperen, som på sin side normalt vil være berettiget til å selge eksemplaret videre. I så fall vil retten til det fysiske eksemplaret konsumeres.

Et digitalt eksemplar er med andre ord hverken gjenstand for kjøp/salg eller konsumpsjon, med mindre eksemplaret selges som et fysisk medium²⁷. Når det digitale eksemplaret kopieres, fører det til at et nytt eksemplar fremstilles, jfr. åvl. § 2, med tilhørende nye rettigheter. Slik vil det forholde seg hver gang filen blir kopiert, forutsatt at kopieringen skjer på bakgrunn av et lovlig kopieringsgrunnlag. I motsatt fall er nedlastingshandlingen ulovlig, det oppstår ingen nye rettigheter, og handlingen kan være straffbar etter § 12 fjerde ledd. Også der filen kopieres ulovlig, vil det være snakk om et nytt eksemplar som fremstilles lokalt hos nedlasteren. Det er følgelig like lite

²³ Det siktes til fremføring i § 2 tredje ledd bokstav c, og altså ikke spredning av fysiske eksemplarer.

²⁴ Jfr. departementets uttalelse i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, Ot.prp. nr. 44 (2001-2002), side 78 og 102.

²⁵ En stiftelse av ny rettighet kan ikke også være et kjøp, jfr. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002), side 78.

²⁶ Ifølge Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 28, skal det lokalt fremstilte verk anses som «en del av en tjeneste».

²⁷ Det kan her oppstå grensespørsmål. Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven (Ot.prp. 44 (2001-2002, s. 102)) nevner kjøp av en datamaskin hvor det følger med innhold på harddisken, og da vil hele transaksjonen lett måtte vurderes som et kjøp, da selve datamaskinen ofte vil være det fremtredende element. Jeg kan imidlertid ikke se at innholdet på harddisken i et slikt tilfelle vil kunne overdras lovlig, med mindre selger er opphavsrettslig eier av innholdet.

mulig å *stjele* en fil ved kopiering fra dens rette eier, som det er for opphavsmannen å *selge* sitt digitale eksemplar ved å tilby opplasting av filen.²⁸

Selv om det digitale nettverksdelte eksemplaret ikke er gjenstand for konsumpsjon, vil overføringen av den digitale kopi ofte være underlagt særskilt individuell avtale, som definerer hvilke rettigheter som knytter seg til det nye lokalt fremstilte eksemplar. Dette er for eksempel tilfelle ved nedlasting av musikk gjennom lovlige nettbutikker. I den grad filoverføringen ikke er regulert av noen avtale, er utgangspunktet at nedlasteren ikke har tillatelse til å spre eksemplaret utenfor den private sfære.²⁹

²⁸ I begge tilfeller gjelder det samme selv om opphavsmann eller nedlaster sletter det opprinnelige digitale eksemplaret etter at nytt eksemplar er fremstilt.

²⁹ Heller ikke innen den private sfære er eksemplarfremstilling alltid tillatt, jfr. åvl § 12.

2 Medvirkning til ulovlig fildeling.

Med endringene i åndsverkloven i 2005 er området for medvirkning til fildeling blitt utvidet. Medvirkning til tilgjengeliggjøring³⁰ er stadig en aktuell problemstilling, men utvidelsen gjelder det faktum at medvirkning til ulovlig nedlasting nå kan straffes på lik linje med hovedhandlingen. Dette følger av det er innført straffansvar for eksemplarframstilling til privat bruk på basis av ulovlig eksemplar.³¹

Når det gjelder kravet til lovlig kopieringsgrunnlag uttaler departementet³² at «et lovbestemt krav om lovlig kopieringsgrunnlag vil avklare rettstilstanden på et etter hvert svært viktig område, og tydeliggjøre for brukerne hvor grensen går for eksemplarframstilling etter § 12. Krav om lovlig kopieringsgrunnlag vil dessuten måtte antas å bidra til redusert bruk av ulovlig materiale, hvilket er klart ønskelig.»

Felles for de overnevnte medvirkningshandlinger er at det må dreie seg om et opphavsbeskyttet verk som fremstilles eller tilgjengeliggjøres uten opphavsmannens samtykke. Rettsreglene i åndsverkloven sikrer at opphavsmannen kan regulere bruken av sitt verk, også etter at verket er blitt gjort kjent for allmennheten på en slik måte at det vil kunne bli gjenstand for eksemplarframstilling³³ eller offentlig fremføring³⁴.

Å konstatere medvirkning, og det å finne frem til medvirkeren, kan enkelte ganger være enklere enn å forfølge hovedgjerningsmannen. Dette kan for eksempel gjelde den situasjon der filene er gjort tilgjengelig i åpne fildelingsnettverk utenfor påtalemyndighetenes eller rettighetshavernes jurisdiksjon. Tilgjengeliggjøreren kan dessuten ha sørget for å skjule sporene sine godt, for eksempel ved å være helt anonym. I tillegg kan overtredelsen være av en slik art at det er særlig medvirkningshandlingen

³⁰ Jfr. åvl. § 54 tredje ledd jfr. § 2 første og tredje ledd.

³¹ Jfr. åvl. § 54 tredje ledd, jfr. § 12 fjerde ledd.

³² Jfr. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s 34.

³³ Her: kopiering.

³⁴ For eksempel tilgjengeliggjøring via Internett.

som sørger for at innholdet blir spredt i stort omfang. Uavhengig av hvilken handling man anser som mest straffverdig, kan det i slike tilfeller tenkes at de mest effektive forsøkene på å stoppe ulovlig fildeling handler om å fokusere på medvirkerne.

2.1 Om hvilke medvirkningshandlinger oppgaven tar for seg.

Overordnet sett er det *to medvirkningskategorier* som her vil være gjenstand for drøftelse.³⁵ Den ene type medvirkningshandlinger spiller hverken psykisk eller fysisk inn på *fullbyrdelsen* av hovedgjerningen. Denne type handlinger ligger i nærheten av den ytre grensen for straffbar medvirkning, og karakteriseres ut fra handlingenes forsterkende effekt på den allerede fullbyrdede hovedhandling³⁶. Den andre kategori medvirkningshandlinger følger imidlertid et mer tradisjonelt strafferettslige mønster, og er handlinger som står i sammenheng med eller har innvirkning på hvordan gjennomføringen av selve hovedhandlingen skjer.

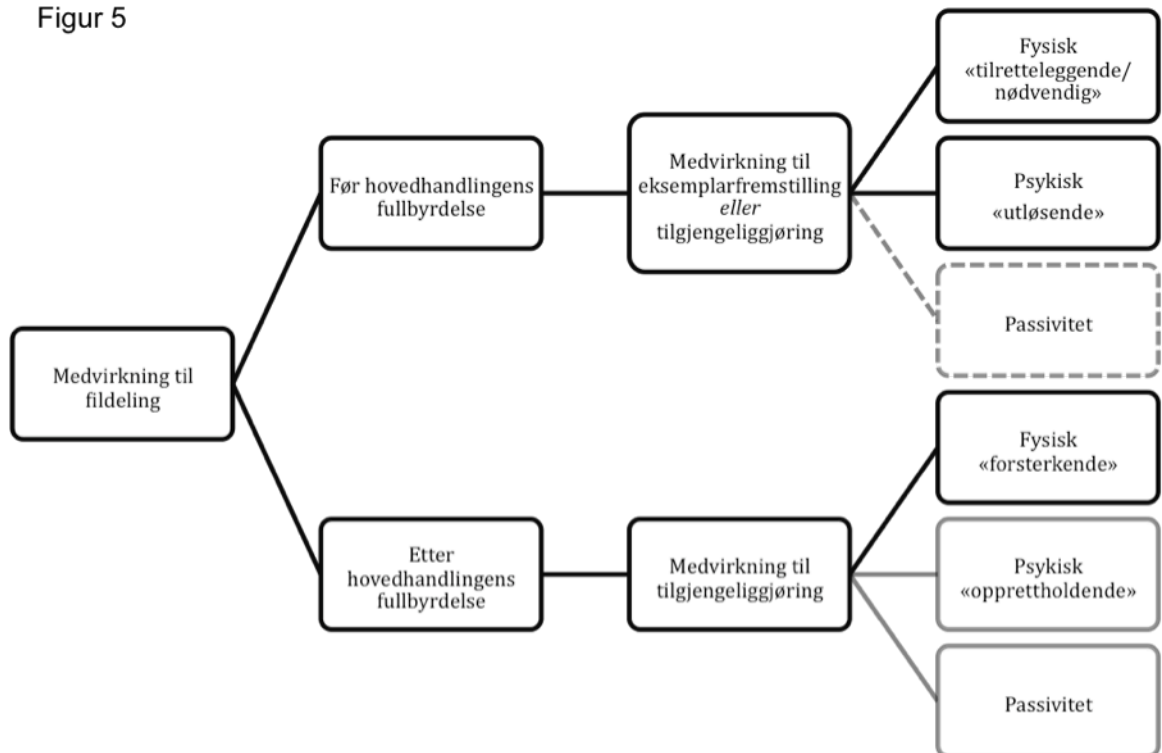
En innbruddstyv kan for eksempel være avhengig av medvirkende sjåfør om han skal kunne gjennomføre tyveriet. En person som tilgjengeliggjør filer på Internett har ikke nødvendigvis behov for medhjelpere.³⁷ Likevel kan det forholde seg slik at tilgjengeliggjøring bereder grunnen for medvirkningshandlinger. Når det gjelder den ulovlige eksemplarframstilling, er det en type hovedhandling som ganske ofte vil henge sammen med en eller flere medvirkningshandlinger.

³⁵ Se også figur 5, side 15.

³⁶ Konstruksjonen forutsetter at medvirkningshandlingen foretas i forbindelse med overtredelse av et straffebud som er (eller regnes for å være) et tilstandsdelikt, og slik er situasjonen her, jfr. pkt. 2.1.1.

³⁷ Et eksempel: Person A deler (ulovlig) den opphavsrettsbeskyttede filen X fra sin server. Person B søker opp filen og publiserer lenken til filen på nettstedet til C. Her vil både B og C medvirkere (ved forsett eller grov uaktsomhet) og A er tilgjengeliggjørere. Hverken B eller C's aktivitet er nødvendig med hensyn til As tilgjengeliggjøring.

Figur 5



2.1.1 Medvirkning etter fullbyrdet hovedhandling

Denne type medvirkningshandlinger er muliggjort som en følge av en tilgjengeliggjøring, og skjer mens hovedgjerningen pågår, men er altså intet nødvendig vilkår for selve fullbyrdelsen. Medvirkningshandlingene i denne kategorien kan for det første gå ut på at hovedgjerningen blir fysisk forsterket, og da gjerne uten at personen som tilgjengeliggjør er klar over dette. At tilgjengeliggjører regner med at andre kan komme til å forsterke hovedhandlingen ved å medvirke etter at innholdet er tilgjengeliggjort, er uten betydning for medvirkningens individuelle sammenheng med hovedhandlingen.

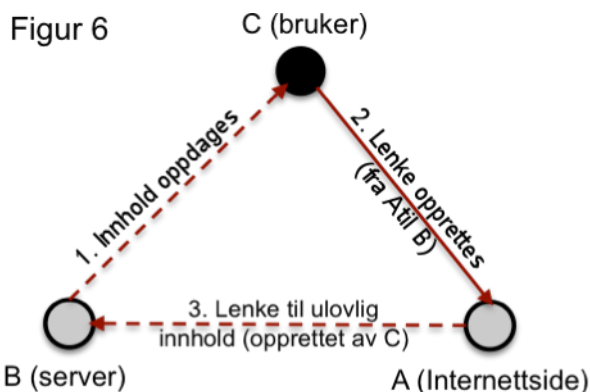
For det andre kan det også tenkes psykisk medvirkning til en fullbyrdet hovedhandling, selv om slik medvirkning antakeligvis er mindre aktuell.³⁸ Medvirkningen må i så fall dreie seg om påvirkning overfor tilgjengeliggjører etter at innholdet er lastet opp. Det kan for eksempel tenkes at medvirkeren overtaler tilgjengeliggjører til å la det

³⁸ Se også figur 5.

ulovlige innholdet ligge tilgjengelig på nett en uke til. Slik psykisk og fysisk medvirkning kan som en samlebetegnelse kalles «aktiv medvirkning».

I tillegg er det i alle fall teoretisk mulig med såkalt passiv medvirkning³⁹ til den fullbyrdede hovedhandling. Det praktiske eksempel er internettilbydere⁴⁰ og nettverters⁴¹ medvirkning til sine kunders ulovlige tilgjengeliggjøring. Disse tilbyr i utgangspunktet en lovlig tjeneste, og spørsmålet er om en unnlattelse av å hindre ulovlig bruk av den lovlige tjenesten kanskje innebærer ansvar på grunnlag av passiv medvirkning. Se pkt. 2.2.3 om vilkårene for passiv medvirkning.

Selv om de aktive medvirkningshandlingene her hverken psykisk eller fysisk spiller inn på hovedhandlingens fullbyrdelse, vil medvirkningen nødvendigvis likevel enten bestå av psykisk eller fysisk påvirkning i forhold til hovedhandlingen *etter* dens fullbyrdelse, men *før* dens materielle opphør⁴². Den medvirkningshandling som bare er fysisk forsterkende for hovedhandlingen kan for øvrig bare tenkes i forbindelse med tilgjengeliggjøring, ingen medvirkningshandling til eksemplarframstilling kan sies å kun være forsterkende⁴³. Figur 6 viser et eksempel på fysisk medvirkning til tilgjengeliggjøring, hvor kun den forsterkende effekt på hovedhandlingen er til stede.



Her finner C innhold som ligger tilgjengelig på server tilhørende B. C publiserer deretter en link til innholdet på As internettside. I dette tilfellet medvirker både C og

³⁹ For en nærmere beskrivelse av passiv medvirkning, se Husabø (1999) s 174–198.

⁴⁰ Se pkt. 3.5.5

⁴¹ Se pkt. 3.5.7

⁴² Jfr. Husabø (1999) s. 93, hvor det sondres mellom «fullføringspunktet» (den fullbyrdede hovedhandling) og «den materielle avslutninga».

⁴³ Eksemplarframstillingshandlingen er ingen tilstandsforbrytelse, når filen er lastet ned (eller opp) er handlingen fullbyrdet og materielt avsluttet – det er ikke mer å medvirke til.

A⁴⁴ (fysisk) til tilgjengeliggjøring. Merk at det her ennå ikke har funnet sted noen nedlasting av innholdet.⁴⁵

Det spesielle her er at A og C's medvirkning er uten innvirkning på B's tilgjengeliggjøring idet B gjør filen tilgjengelig⁴⁶. Men når B lar filen ligge tilgjengelig, åpner det for at andre kan forsterke B's handling ved å øke tilgjengeligheten. Den økte tilgjengelighet C og A her skaper må betegnes som fysisk medvirkning.⁴⁷

Det finnes ikke helt klare retningslinjer i den juridisk teori for hvordan denne type medvirkningshandlinger skal vurderes⁴⁸. Andenæs skriver likevel i sin *Alminnelig Strafferett* (s. 324) om det tilfelle der hovedmannens forbrytelse strekker seg over en viss tid, og en medhjelper kommer til *etter* at det foreligger fullbyrdet forbrytelse⁴⁹, «men før den forbryterske virksomhet er avsluttet». I så fall, sier Andenæs, kan medhjelperen straffes for medvirkning til den fortsatte virksomhet.

2.1.2 Medvirkningshandlinger foretatt før hovedhandlingens fullbyrdelse

Denne kategorien medvirkningshandlinger kjennetegnes ved at medvirkeren nettopp er *nødvendig medvirkningsårsak* til hovedgjerningen, hvilket altså bringer oss innenfor den mer klassiske medvirkningslære. Disse medvirkningshandlinger kan gå ut på enten psykisk eller fysisk medvirkning. Også for denne kategoriens vedkommende er det særlig den fysiske medvirkning som har aktualitet, selv om eksempler på psykisk medvirkning kan godt tenkes. Generelt vil de psykiske handlingene gå ut på å oppfordre hovedmannen til å begi seg inn på ulovlige fildelingshandlinger, eller å gi råd og informasjon med tilsvarende hensikt.

⁴⁴ As rolle i denne situasjonen er svært lik tiltales rolle i Rt. 2005 s. 41 (Napster).

⁴⁵ Medvirkning til tilgjengeliggjøring er ipso jure uavhengig av andres eventuelle nedlasting.

⁴⁶ I dette tilfellet legges til grunn at B har gjort innholdet tilgjengelig på egen server, men et tilsvarende forhold kan tenkes der andre personer gjør filer tilgjengelig på Bs server, se for eksempel figur 3.

⁴⁷ Jfr. Høyesteretts vurdering av medvirkningsspørsmålet i Napster-saken.

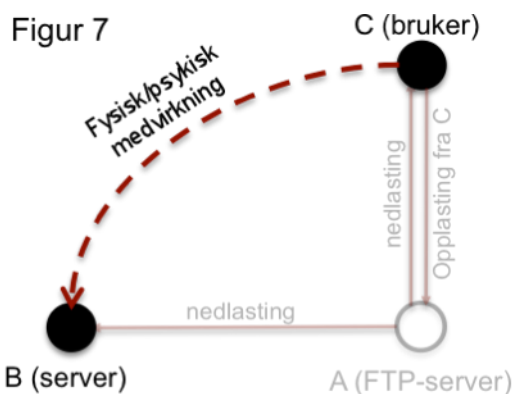
⁴⁸ Husabø fremsetter teorien om at et krav om et medvirkende årsaksforhold kan bidra til å avklare denne delen av straffretten, jfr. *Straffansvarets periferi* s. 93, se også pkt. 2.2.3. nedenfor.

⁴⁹ I vårt tilfelle kan vi si at dette skjer fra det øyeblikk filen er tilgjengeliggjort.

Fysisk medvirkning kan være tilfellet der en person stiller en server⁵⁰ til disposisjon hvor opphavsrettsbeskyttede filer blir tilgjengeliggjort ved opplasting fra eksterne brukere⁵¹. Personen som stiller serveren til disposisjon vil her kunne sies å medvirke til både tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling.

I figur 7 kan vi legge til grunn at B's nedlasting skyldes C's psykiske påvirkning. Å bevise at C's påvirkning er grunnen til at B laster ned, kan nok ofte være et vanskelig bevisspørsmål. Der man kan føre bevis for en slik sammenheng er det likevel ikke tvilsomt at påvirkningen vil oppfylle de objektive vilkår til medvirkning.

Fysisk medvirkning kan også tenkes innen det samme forhold, for eksempel der C gir B programmet som trengs for å få adgang til innholdet på As server. Felles for de uthevede medvirkningshandlinger i figur 7 er at de skjer *forut for* den eventuelle fildelingsovertredelse, og gjennom kontakt mellom to personer.



Disse medvirkningshandlinger dreier seg om noe annet enn nedlasting av tilgjengeliggjort materiale. Nedlasting av opphavsrettsbeskyttet materiale er i utgangspunktet ikke medvirkning til tilgjengeliggjøring. Den som kjøper ulovlig brennevin kan for eksempel ikke straffes for medvirkning til ulovlig salg, hvilket er det alkoholloven rammer.⁵² Åndsverkloven rammer riktignok den som forsettlig (jfr. §§ 54

⁵⁰ Dette vil også kunne være en Direct Connect-hub (jfr. pkt. 3.5.3.), eller et nettsted hvor det publiseres lenker (jfr. pkt. 3.5.4.).

⁵¹ Se figur 2, side 6.

⁵² Se Rt. 1996 s. 211.

og 55) laster ned av opphavsrettsbeskyttet materiale, men å laste ned fra ulovlig kilde til privat bruk er ulovlig på selvstendig grunnlag, jfr. åvl § 12 tredje ledd, jfr. § 2.

Som det fremgår av figur 5, vil det teoretisk sett kunne tenkes også passive medvirkningshandlinger. Dette er etter mitt syn enda mindre aktuelt her enn ved medvirkning til en vedvarende tilgjengeliggjøring. Som over er det tjenesteyternes medvirkningsrolle som i så fall er sentrum for den passive medvirkning. I dette tilfellet må det legges til grunn at det passive medvirkningsansvaret kan utløses ved at tjenesteyterne unnlater å hindre de ulovlige overføringer, for eksempel ved å unnlate filtrering eller andre tiltak.

2.2 De objektive vilkår for medvirkning til fildeling

Innen den rådende medvirkningslære er det å definere grensen mellom den straffbare og straffrie medvirkning regnet for å være det mest sentrale vurderingstema.⁵³ Nedenfor vil det oppstilles objektive vilkår for *fysisk*, *psykisk* og *passiv* medvirkning som skal tjene som utgangspunkt for hvordan grensen mellom den straffbare og straffrie medvirkning til fildeling bør trekkes. Dette vil hovedsakelig gjøres med utgangspunkt i Husabøs medvirkningslære.

Hovedpoenget her er altså ikke først og fremst å gjengi de ulike teorier om medvirkning, men å plassere medvirkning til fildeling under rett kategori. Slik vil man lettere oppnå korrekt utgangspunkt for den nærmere drøftelse av om det i det aktuelle tilfelle foreligger straffbar medvirkning eller ikke. Selv om medvirkning er en av strafferettens fenomener som uunngåelig må vurderes konkret i hvert tilfelle, er det innenfor rekkevidde å definere utgangspunktet for hvordan handlingene skal vurderes.

2.2.1 Generelle betraktninger

Før vi går inn på de nærmere kategoriseringer, skal det gjøres rom for noen generelle betraktninger, som må antas å ha gyldighet uavhengig av hvilken medvirkningslære man velger å legge til grunn.

⁵³ Jfr. for eksempel Husabø (1999), s. 79.

Et viktig generelt vilkår for medvirkeransvaret er at ansvaret skal bedømmes selvstendig og adskilt fra hovedhandlingens straffbarhet.⁵⁴ Selv om personen som legger ut ulovlig innhold skulle være under den kriminelle lavalder, kan en medvirker over den kriminelle lavalder straffes. *Skyldkravet* henger likevel sammen med hovedhandlingens skyldkrav, jfr. pkt. 2.3. Videre er det et vilkår at medvirkningshandlingen må finne sted før eller under den ulovlige hovedhandlingen. Medvirkningshandlinger foretatt *etter* hovedhandlingens avslutning er ingen anerkjent konstruksjon i vårt rettsystem.

Når det gjelder medvirkning til eksemplarfremstilling er det *tillatt* å ta kopier til privat bruk,⁵⁵ forutsatt at fremstillingen skjer på bakgrunn av et lovlig kopieringsgrunnlag. Ved medvirkning til slik eksemplarfremstilling er det følgelig et vilkår at hovedhandlingen må finne sted utenfor den private sfære, hvis det skal bli tale om ansvar. I og med at «retten» til å ta kopier til privat bruk er begrenset, kan ansvar også inntreffe der kopieringen har ervervsformål, jfr. 12, første ledd, skjer ved «fremmed hjelp», eller er et «resultat en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer», jfr. fjerde ledd.

Hva angår tilgjengeliggjøringsbegrepet er det med Napster.no-dommen i Rt. 2005 s. 41 slått fast at hovedgjerningen skal regnes som et tilstandsdelikt, ikke et handlingsdelikt slik som lagmannsretten la til grunn i sin avgjørelse. Førstvoterende i Høyesterett finner det til og med «svært unaturlig» at overtredelsen kan ansees avsluttet bare den ulovlige opplastingen⁵⁶ rent teknisk sett er fullført. På denne bakgrunn må det fastslås at det er mulig å utføre medvirkningshandlinger så lenge den ulovlig opplastede fil er tilgjengelig for nedlasting. Både *psykisk* og *fysisk* medvirkning er relevante former for medvirkning i denne forbindelse, jfr. figur 7 ovenfor.

⁵⁴ Se Andenæs (2005) s. 338, og Husabø (1999) s 255. Slått fast allerede i Rt. 1908 s. 790.

⁵⁵ Jfr. åvl. § 12.

⁵⁶ Opplasting er likevel ikke et nødvendig element for tilgjengeliggjøring. Dersom man ved hjelp av fildelingsprogramvare åpner for deling av opphavsbeskyttet materiale fra egen server/PC, har man gjort filene tilgjengelige uten å ha lastet dem opp. Tilgjengeliggjøringshandlingen blir her delingsprosedyren.

2.2.2 Flere aktuelle medvirkningsteorier

På området for strafferettslige medvirkningsteorier gjelder i dag to «hovedretninger». Den ene blir forsvart i Andenæs' *Alminnelig Strafferett*, og går kort fortalt ut på at det til medvirkning ikke gjelder noe krav om årsakssammenheng. Husabø står for den motsatte oppfatning, og han mener at årsakskravet er en nødvendighet om man skal oppnå en fornuftig avgrensning av medvirkningsansvaret. I realiteten er det likevel ikke så stor forskjell mellom disse to retninger som debatten om medvirkning og årsakssammenheng skulle tilsi.⁵⁷ Slik jeg ser det vil det som anses som medvirkning etter Andenæs' lære, som regel også oppfylle Husabøs årsakskrav. Husabø har foretatt en revurdering av årsakskravet⁵⁸, og utgangspunktet og sammenhengen med rettstridsreservasjonens individuelle betydning er derfor noe annerledes i dag enn ved den ovennevnte debatt.

2.2.3 Vilkår for psykisk, fysisk og passiv medvirkning til fildeling

Prinsippene som her er nevnt gjelder i utgangspunktet for straffeloven. Det er likevel uomtvistet at medvirkningsprinsippene også må gjelde i spesiallovgivningen, jfr. Andenæs, *Alminnelig Strafferett*, side 335.

For at § 54 eller § 55 skal komme til anvendelse må en eller flere nærmere angitte bestemmelser i åndsverkloven være overtrådt⁵⁹. I denne oppgaven er det først og fremst overtredelser etter §§ 2 og 12 jfr. §§ 54 og 55 som er de aktuelle problemstillinger. Nærmere bestemt er det den ulovlige eksemplarframstilling, jfr. § 2, første ledd og § 12, fjerde ledd⁶⁰, og den offentlige fremføring uten samtykke⁶¹, jfr. § 2 tredje ledd, som er de aktuelle overtredelser.

Både straffebudet og erstatningsbestemmelsen⁶² nevner uttrykkelig medvirkning, og da rammes ikke bare den som går inn under den prinsipale gjerningsbeskrivelse, men også

⁵⁷ Jfr. Andenæs (1940) s. 247–258, Andenæs (2005), s. 326, Husabø (1999), særlig s. 48–60, 81–95 og 122–143.

⁵⁸ Jfr. Husabø (1999) s. 59.

⁵⁹ For eksempel overtredelse av bestemmelser til vern for opphavsretten i Åndsverksloven kap. 1 og 2, jfr. § 55 første ledd.

⁶⁰ Krav til lovlig kopieringsgrunnlag.

⁶¹ Dvs. tilgjengeliggjøring.

⁶² Erstatningsbestemmelsen viser dessuten til straffesbestemmelsen, jfr. pkt. 3.1 om dette.

alle andre som på en eller annen måte har medvirket.⁶³ Andenæs påpeker at det i slike tilfeller er likegyldig hvorvidt medvirkningen er av fysisk eller psykisk art, og om den har skjedd før eller samtidig med hovedgjerningen.⁶⁴ Sondringen har etter Andenæs' syn bare betydning for straffutmålingen. Husabø bruker imidlertid disse begrepene for å forklare hvordan medvirkningsansvaret skal avgrenses. Rettstilstanden i dag må likevel være at årsakssammenheng mellom medvirkningen og hovedgjerningsmannens handling ikke et nødvendig vilkår.⁶⁵

Hva angår fysisk medvirkning formulerer Husabø et årsakskrav som er oppfylt når *«resultatet av medverkaren sin handlemåte inngår i den faktiske føresetnadsbasen for hovedgjerninga»*.⁶⁶ Ved psykisk medvirkning går årsakskravet ut på at handlingen må ha inngått i den «positive motivasjonsbasen» for hovedgjerningen. I tillegg avgrenser Husabø det psykiske og fysiske medvirkningsansvaret ved å kombinere årsakskravet med en rettstridsreservasjon. Årsakskravet fungerer her som en grense mot de handlinger som ikke er straffbar medvirkning, mens rettstridskravet kan føre til at handlinger som oppfyller årsakskravet ikke nødvendigvis er straffbare.

Dersom man legger Husabøs medvirkningsterminologi og bruk av årsakskrav til grunn, virker det mest fornuftig å plassere den fysiske medvirkning til tilgjengeliggjøring i kategorien som knytter medvirkningen til lovbruddets fysiske *sted*.⁶⁷ Dette gjelder de fysiske handlinger foretatt før hovedgjerningens fullbyrdelse. Husabø tenker først og fremst på de tilfeller medvirkeren gir hovedgjerningsmannen en nøkkel til en kjeller, eller lignende. Ettersom tilgjengeliggjøringshandlingen nødvendigvis må utføres på et eller flere bestemte steder (PC-er eller servere), er det min oppfatning at dette er den mest relevante medvirkningskategorien. Vilkåret vil da være oppfylt når en medvirker for eksempel stiller en FTP-server til disposisjon, og tilgjengeliggjøringen faktisk

⁶³ Jfr. Andenæs (2005), s. 326.

⁶⁴ Jfr. Andenæs (2005), s. 326.

⁶⁵ Jfr. Rt. 1989 s. 1004 om at medvirkning kan være straffbar selv om den ikke er nødvendig for resultatet. I Andenæs (2005) presiseres det på s. 326 at det bare er et «medvirkende årsaksforhold» som kan kreves i denne forbindelse. I Napster (Rt. 2005 s. 41) ser det heller ikke ut til at Høyesterett anvender noe årsakskrav.

⁶⁶ Jfr. Husabø (1999), s. 56–57.

⁶⁷ Jfr. Husabø (1999), s. 85.

foretas der. Dersom tilgjengeliggjøringshandlingen ble foretatt et annet sted, er ikke årsakskravet oppfylt selv om serveren stod klar til slik bruk⁶⁸.

Hva angår medvirkning til eksemplarframstilling finner jeg det mest naturlig å anse dette som en medvirkningsform som knytter seg til *subjektet* for lovbruddet. Slik medvirkning kan finne sted ved at en drifter en såkalt DC-hub⁶⁹, hvor en for eksempel oppfordrer folk som vil dele musikk til å logge seg på. Årsakskravet er oppfylt hvor hovedmannen utfører eksemplarframstillingen via huben. At nedlastingen kunne skjedd også på andre måter spiller ingen rolle.

Fysisk medvirkning som finner sted etter fullbyrdet tilgjengeliggjøring, antar jeg må klassifiseres som medvirkning knyttet til *objektet* for lovbruddet. Men på dette området kan det se ut til at Husabøs medvirkningsteori begrenser ansvaret for den straffbare medvirkning. Siden tilgjengeliggjøringshandlingen er en tilstandsforbrytelse, er man likevel i *utgangspunktet* innenfor læren til Husabø; i slike tilfeller vil årsakskravet kunne oppfylles så lenge hovedhandlingen ikke er materielt avsluttet.

Husabø nevner medvirkning til frihetsberøvelse som et eksempel på en medvirkningshandling som foretas etter fullbyrdet hovedhandling, men før den materielle avslutning. Jeg kan tenke meg et tilfelle der medvirkeren står vakt, kommer med vann, eller påvirker hovedmannen til å utøve frihetsberøvelsen på en bestemt måte. Påvirkningen kan for eksempel føre til at hovedmannen forelenger frihetsberøvelsen, men uansett vil disse medvirkningshandlingene oppfylle årsakskravet ved at handlingene inngår i hovedhandlingens (fortsatte) forutsetningsbasis. Når det gjelder medvirkning til en fullbyrdet tilgjengeliggjøringshandling kan nok det tenkes eksempler der medvirkeren tar kontakt med hovedmannen, for deretter å utøve *psykisk* medvirkning.

I det saksforhold som ble avgjort ved Napster-dommen, var det imidlertid snakk om fysisk medvirkning som forsterket⁷⁰ hovedhandlingen, og det var ingen kontakt mellom

⁶⁸ Jfr. Husabø (1999), s. 86.

⁶⁹ Forklaring på dette begrepet gis i pkt. 3.4.

⁷⁰ Jfr. Høyesteretts egen definisjon på denne type medvirkning.

hovedmann og medvirker. Slik vil det etter min mening ofte forholde seg ved lenking til allerede tilgjengeliggjort innhold på Internett, og her er det vanskelig for meg å se at årsakskravet kan inngå i hovedhandlingens forutsetningsbasis. I en artikkel⁷¹ fra 2005 kritiserer Ole-Andreas Rognstad (blant annet) Høyesteretts manglende drøftelse av sammenhengen mellom hovedmann og medvirker. Rognstad er enig med Høyesterett i at hovedhandlingen ikke er avsluttet, og at det er snakk om et tilstandsdelikt, men antar at medvirkningsansvaret ikke er oppfylt. Rognstad peker på at hovedmannens ulovlige handling er unnlatelsen av å fjerne det ulovlige innhold, ved at «han lar verket ”bli liggende” på det sted der det gjøres tilgjengelig fra».⁷² Lenkene som senere legges til «innvirker overhodet ikke på opplasterens utlegging og opprettholdelse av musikkfilene på Internett.»⁷³

Jeg sier meg enig i Rognstads kritikk av Høyesterett hva angår akkurat dette punktet, forutsatt at Husabøs medvirkningslære legges til grunn. Rognstad ser imidlertid ut til å hevde at den ovennevnte tolkningen gjelder medvirkningsansvaret de lege lata.⁷⁴ Etter min mening er ikke dette helt riktig, i alle fall må Andenæs' medvirkningslære kunne føre til motsatt resultat. Selv om Husabøs lære formodentlig ikke fører til et avvikende resultat i mange tilfeller, mener jeg dette er ett eksempel. Høyesterett på sin side ser ikke ut til å operere med et så «strengt» årsakskrav som Husabø, men befinner seg etter min oppfatning mer på linje med Andenæs' lære, hvor det ikke kreves årsakssammenheng. Følgelig har Høyesterett enn viss anledning til å konstatere ansvar med den enkle begrunnelse at medvirkningen har «forsterket virkningen» av hovedhandlingen. Jeg er likevel enig med Rognstad i at Høyesterett med fordel kunne tatt opp problemstillingen om sammenhengen mellom medvirker og hovedmann.

Når det gjelder den psykiske medvirkning til både tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling, vil flere former for medvirkning kunne oppfylle årsakskravet. Eksempelvis vil det å gi råd eller informasjon om hvordan nedlasting eller opplasting skal foretas, eller det å overtale noen til å gjøre disse handlingene, utgjøre psykisk

⁷¹ Rognstad (2005).

⁷² op.cit s. 364.

⁷³ op.cit s. 365

⁷⁴ Rognstad (2005) henviser både til Andenæs og Husabø, samt den svenske Högsta Domstolens dom i NJA 1984 s. 922, som inngår i Husabøs teori.

medvirkning. Felles for disse handlingene er at de er motiverende for utførelsen av hovedhandlingen. Psykisk medvirkning til fullbyrdede hovedhandlinger burde etter min mening kunne oppfylle årsakskravet, selv om det ikke er spesielt drøftet av Husabø. Der hvor medvirkningen går ut på å overtale tilgjengeliggjøreren på å opprettholde gjerningen, vil dette være tilfelle.

Passiv medvirkning kan som ovennevnt tenkes både i forbindelse med medvirkning til tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling. Dette ansvarsgrunnlaget er imidlertid en god del «smalere» enn det fysiske og psykiske, og Høyesterett har eksempelvis uttalt at passiv medvirkning ikke nødvendigvis er nok til å konstatere ansvar. For å oppfylle årsakskravet i denne sammenheng, peker Husabø på at unnlatelsen stå i en «*hindringssammenheng*» med hovedgjerningen. Det klareste tilfellet har vi der den alternative handlingen ville ha hindret utføringen av hovedhandlingen. Ved «vanlig» medvirkningsansvar stilles det imidlertid ikke som vilkår at medvirkningen var en nødvendig betingelse, og det ville være ulogisk om dette skulle være tilfellet her. Det er for eksempel tilstrekkelig at handlingen ville ha motvirket hovedhandlingen. Når det gjelder internettilbydere og nettverters eventuelt passive medvirkningsansvar, kan det i utgangspunktet hevdes at det å unnlate å iverksette tiltak mot fildeling er passiv medvirkning. I tillegg må imidlertid det Husabø kaller «tilknytningskravet» være oppfylt, som kan sees på som det passive medvirkningsansvarets svar på rettstridskravet. Tilknytningen er i disse tilfeller tjenesteyternes eierskap til midlene for lovbruddene.

2.2.4 Rettstrid ved aktiv medvirkning

Uttrykket *rettstrid* har vært gjenstand for mye debatt i norsk strafferettsteori. En av hovedavgrensningene dreier seg om man definerer (og anvender) uttrykket rettstrid som et tolkningsresultat, eller som et grunnlag for straffrihet der handlingen ikke er «straffverdig». I denne forbindelse er det rettstrid som begrunnelse for straffrihet som skal belyses, altså *den alminnelige rettstridsreservasjon* ved medvirkning.

Selv om et straffebud er overtrådt, og det foreligger skyld og tilregnelighet, vil en gjerningsmann frikjennes om det finnes en straffrihetsgrunn. Handlingen må – med

andre ord – være rettstridig for å være straffbar. Det er imidlertid ikke vanlig å operere med rettstrid som et tilleggsvilkår til straff, Andenæs plasserer vurderingen inn under vilkåret om straffrihetsgrunn. Han presiserer også at det tryggeste er å «så langt som mulig» unngå rettstridsterminologien, og at formuleringen bør være at det er et vilkår til straffbarhet at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunn.

Den alminnelige rettstridsreservasjon kan spille inn på vurderingen av et straffebuds rekkevidde, både når straffebudet inneholder formuleringer om rettstrid eller ei. Der hvor lovteksten inneholder en rettstridshenvisning, kan det bli snakk om en presiserende tolkning av regelen. Der hvor loven ikke nevner rettstrid, vil den alminnelige rettstridsreservasjon kunne føre til en innskrenkende fortolkning.⁷⁵ Begrepet refererer seg ikke alltid til en rettslig standard, og rekkevidden av rettstridsbegrepet beror følgelig på en tolkning av det enkelte straffebud.

Husabø uttaler at rettstridsvurderingen er en åpen vurdering, hvor det må foretas «eit konkret normativt skjønn i det enkelte tilfellet».

2.2.5 Rettstridsreservasjonen ved åndsverklovens uaktsomhets- og forsettskrav

Som ovennevnt gjelder det ved medvirkning til tilgjengeliggjøring et uaktsomhetskrav,⁷⁶ mens det til eksemplarframstilling etter § 12 gjelder et forsettskrav. Straffebud som har uaktsomhet som skyldkrav, har en annen «normativ struktur» enn forsettsdelikt.⁷⁷ Husabø peker på at det inngår en rettstridsvurdering i selve uaktsomhetskravet.⁷⁸ Det som da bør vurderes er om personen ut fra den aktuelle rolleforventningen burde ha handlet annerledes. I de tilfeller svaret på spørsmålet er benektende, må handlingen objektivt sett være rettmessig. I så fall vil det hverken komme på tale med ansvar på bakgrunn av et uaktsomhets- eller forsettskrav.

⁷⁵ Uttrykket omskrives gjerne med «utilbørlig», «uforsvarlig», «lastverdig» og lignende.

⁷⁶ Skyldkravet følger hovedhandlingen.

⁷⁷ Jfr. Husabø (1999), s 98.

Rettstridsvurderingen ved et forsettskrav får bare anvendelse der det er klarlagt at medvirkeren handlet forsettlig. I det minste må det svakeste forsettskravet, *dolus eventualis*, være oppfylt. Det vil si at medvirkeren må ha trodd at handlingen kunne resultere i fullbyrdelsen (eller forsterkningen) av et lovbrudd.⁷⁹ Rettstridskravet er dessuten et forhold som «betinges Strafbarheden» (etter strl. § 42), hvilket betyr at det er tiltaltes egen forestilling om medvirkningshandlingen risiko som må vurderes.⁸⁰ Husabø uttaler at rettstridskravet spiller en vel så stor rolle ved medvirkningshandlingene, som ved hovedmannens ansvar ved følgedelikt.

I Rt. 2007 s. 687 blir rettstrid drøftet ut fra straffeloven § 390. Det sentrale i denne sammenheng var at bestemmelsen inneholder ordet «krenke», hvilket igjen aktualiserer rettstridsvurderingen. Når rettstrid blir anført som aktuelt vurderingstema også her kommer det av Høyesteretts uttalelser i Napster-dommen. Det er her uttalt at det ved vurderingen av om lenking er en erstatningsbetingende medvirkning «må trekkes en grense ut fra en generell rettsstridsreservasjon». Det er altså ikke tvilsomt at rettstridsreservasjonen er antatt å ha selvstendig betydning også på dette rettsområdet.

2.3 De subjektive vilkår for medvirkning

Stikkordmessig hører de overordnede straffbarhetsvilkårene *skyld* og *tilregnelighet* til de såkalte subjektive vilkår. Tilregnelighet vil ikke bli nærmere drøftet her. I det følgende vurderes den subjektive skyld, nærmere bestemt de to hovedformene, nemlig *forsett* og *uaktsomhet*.

Åndsverkloven regnes som en del av spesiallovgivningen, og i spesiallovgivningen er det uaktsomhetskravene som dominerer.⁸¹ Åndsverkloven opererer imidlertid med både uaktsomhets- og forsettskrav.

⁷⁹ Strengt tatt er også medvirkning til medvirkning straffbart, og lovbruddet kan derfor også være en medvirkning, selv om det er oppfyllelse av en hovedgjerning som er det mest aktuelle.

⁸⁰ Jfr. Husabø (1999), s. 98.

⁸¹ Jfr. Andenæs (2005), s. 209. Strl. § 40 gjelder imidlertid bare for straffeloven, hvilket fører til at det ikke finnes noe generell bestemmelse for skyldgraden i spesiallovgivningen.

De skyldkravene som nevnes her referer seg riktignok til hovedhandlingene, men medvirkningsansvaret følger hovedhandlingenes skyldkrav.⁸² Videre er det slik at medvirkning straffes på samme måte som hovedgjerningen, jfr. åvl. § 54 tredje ledd. Utgangspunktet blir da at skyldkravet er uaktsomhet både angår tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling – selv om § 12 fjerde ledd krever forsett. Det er sikker rett at hovedmann og medvirker skal bedømmes ut fra sitt eget forhold, jfr. langvarig rettspraksis⁸³.

En uaktsom medvirkning til eksemplarframstilling etter § 12 fjerde ledd, jfr. § 54 tredje ledd, er altså ikke straffbar. Dette gjelder uavhengig av hovedmannens skyld. Dersom hovedmannen forsettlig foretar nedlasting på bakgrunn av ulovlig kopieringsgrunnlag, fører ikke dette automatisk til at medvirkeren blir å straffe. Medvirkeren skal altså behandles individuelt, og medvirkningen kan straffes også i de tilfeller medvirkningshandlingen er forsettlig og hovedhandlingen er uaktsom – eller dessuten *straffri*.⁸⁴

Et annet poeng er at skyldkravet ved medvirkning til eksemplarframstilling etter § 2 første ledd antakeligvis er enklere å bevise i dag, enn før den omtalte lovendring i 2005. Dette kommer av at det nå gjelder et krav om lovlig kopieringsgrunnlag i åvl. § 12 fjerde ledd. Tidligere var det uavklart om det var straffbart å foreta eksemplarframstilling til privat bruk uten opphavsmannens samtykke. I mange sammenhenger var det derfor nødvendig å vurdere hvorvidt det var snakk om privat bruk eller ei, og medvirkningshandlingens straffbarhet var avhengig av denne vurderingen. Nå spiller ikke dette noen rolle, ettersom all eksemplarframstilling fra ulovlig kilde er ulovlig. I dag vil man følgelig kunne bli ansvarlig for den forsettlige medvirkning til den uaktsomme eksemplarframstilling til privat bruk.

På området for den ulovlige tilgjengeliggjøring, jfr. åvl. § 2, kreves det til straffbarhet bare uaktsomhet. En forsettlig handling vil alltid være et resultat av en *bevisst* handling,

⁸² Jfr. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 158. § 54 tredje ledd ble omformulert nettopp for å ta høyde for at medvirkningsansvaret skal følge hovedhandlingens skyldkrav.

⁸³ Se for eksempel Rt. 1908 s. 790.

⁸⁴ Men er hovedhandlingen lovlig, vil det vanskelig bli snakk om medvirkning.

men dette gjelder som regel også for en uaktsomhetsforbrytelse. Uaktsomheten skal imidlertid vurderes opp mot en norm som avspeiler forsvarlig opptreden,⁸⁵ og ikke – som ved forsettshandlingen – ut fra en psykologisk målestokk med fokus på man har villet og hva man har forstått.

Uaktsomhet blir vanligvis delt inn i to kategorier, såkalt bevisst og ubevisst uaktsomhet. Den bevisste uaktsomheten grenser oppad mot forsettet, og man kan si at den som handler bevisst uaktsomt velger å ta en risiko. Spørsmålet i forhold til straffrihet vil gjerne være hvorvidt handlingen er innefor den såkalte «tillatte risiko»⁸⁶. I et tilfelle med tilgjengeliggjøring som hovedgjerning, vil det som regel være snakk om bevisst uaktsomhet. Det man gjør tilgjengelig på nett ved sine direkte handlinger vil sjelden være et utslag av den rene uoppmerksomhet.⁸⁷

Hva angår *medvirkning* til tilgjengeliggjøring, vil det nok kunne tenkes mange eksempler både på bevisst og ubevisst uaktsomhet. Bevisst er handlingen i de tilfeller man vet at man opptrer som et knutepunkt for ulovlig nedlasting, for eksempel som hub-eier.⁸⁸ Ubevisst uaktsomhet kan forekomme der medvirkningen finner sted uten at man er kjent med at programvaren man benytter seg av tilgjengeliggjør det nedlastede innhold.⁸⁹ Når det gjelder medvirkningshandlingene som kun intensiverer virkningene av tilgjengeliggjøringen,⁹⁰ er det den bevisste uaktsomhet som er aktuell. Man tar for eksempel sjansen på å spre lenker til allerede tilgjengeliggjort innhold.

Der man ikke er klar over at det finnes lenker til ulovlig innhold på eget nettsted, og man selv heller ikke har lagt dem der eller oppfordret til det, vil det være et utslag av ubevisst uaktsomhet å la andre fritt få legge til lenker. Hvis handlingen uansett må ansees forsvarlig ut fra en generell eller spesiell norm, vil handlingen likevel ikke kunne

⁸⁵ Jfr. Andenæs (2005), s. 243.

⁸⁶ For en nærmere drøftelse om den «tillatte risiko», se Andenæs (2005), s. 158-160.

⁸⁷ Et unntak kunne være det tilfelle der en person laster opp en rekke *lovlige* filer (for eksempel en hel katalog) til en egen internettside. Om det blant filene pga. uoppmerksomhet har sneket seg inn en opphavsrettsbeskyttet fil, kan man si at tilgjengeliggjøringen er et utslag av ubevisst uaktsomhet. Det er ikke sikkert et slikt forhold kan straffes, men det skal ikke vurderes nærmere her.

⁸⁸ Se pkt. 3.5.3.

⁸⁹ Se pkt. 3.5.2

⁹⁰ En medvirkningshandling som altså er uten årsakssammenheng med utførelsen av tilgjengeliggjøringen, og som derfor skjer i forbindelse med en fullbyrdet tilgjengeliggjøring.

straffes. Det er ikke helt enkelt å si noe nøyaktig om hvor grensen for den uaktsomme opptreden ved fildeling går. For det første må vurderingen bli høyst individuell, og dernest er det sparsomt med avgjørelser og teori omkring den nærmere uaktsomhetsvurderingen – særlig ved eksemplarframstilling, som er et relativt nytt straffebud. Det har altså ennå ikke dannet seg noen bestemte vurderingsnormer for hva som er uaktsom opptreden på Internett, selv om dette klart nok er et livsområde hvor dette «er underveis». Den overordnede vurderingen handler likevel om hvorvidt handlingen ansees forsvarlig eller ei, og det gjelder både for den bevisste og ubevisste uaktsomhet.

Det er uansett klart at den eventuelt uaktsomme handling må vurderes forskjellig fra der det er snakk om å dømme etter den erstatningsbetingede bestemmelse etter åvl. § 55, enn der det skal straffes etter § 54. Dette skillet gjelder generelt, og er ikke bare et utslag av åndsverkslovens bestemmelser. Der hvor skaden skal bæres av enten den skadelidende eller skadevolderen, vil det lettere kunne være grunn til å vektlegge også den mer unnskyldelige uaktsomhet.⁹¹

I mange tilfeller vil nok uaktsomhetsvurderingen ikke by på så store problemer som det her skisseres. Det vil i en rekke situasjoner være nokså åpenbart at grensen for den forsvarlige opptreden er overtrådt, og ofte vil medvirkningshandlingen dessuten være forsettlig. Om man skal vurdere dette ut fra for eksempel Aftenpostens og Dagbladets debattfora på Internett, fremkommer det jevnt over at den gjengse fildeler er kjent med at «fildeling» er straffbart⁹², og som regel også hvilken type innhold som er omfattet.

I det tilfellet en person lar andre laste opp opphavsrettsbeskyttede filer til sin server, vil nok grensen mellom den forsvarlige handling og den straffbare uaktsomhet fort være passert. Dersom man i tillegg har gitt uttrykk for at man setter pris på gratis opphavsrettsbeskyttet materiale, er man på vei over til den forsettlige medvirkning. I den grad det ikke finnes holdepunkter for hva servereieren har ment, kan han møte innsigelser med å hevde at han var i den tro at innholdet lå der med opphavsmannens

⁹¹ Dette i forhold til der det skal straffes, hvor hensynene er annerledes. Jfr. også Andenæs (2005) s. 245.

⁹² En rettsvillfarelse er dessuten sjelden unnskyldelig, Høyesterett legger snarere «en ideal- enn en normalmålestokk» til grunn for vurderingen, jfr. Andenæs (2005), s. 260.

tillatelse⁹³. Ved kvalifiserte overtramp skal det nok likevel en del til før man rettmessig kan sies å ha kommet i en slik medvirkerposisjon uforskyldt, slik at også dette må ansees som en uaktsom (i alle fall ubevisst) medvirkning til tilgjengeliggjøring.

Når det gjelder medvirkning til eksemplarframstilling, kreves forsett. Ifølge den rådende strafferettsterminologi, må forsettet omfatte hele det objektive gjerningsinnhold⁹⁴. I teorien er det også flere typer forsett som er aktuelle, alt fra hensikt til *dolus eventualis*. Ved medvirkning til eksemplarframstilling går det reelle skillet mellom de medvirkere som er klar over deres rolle som medvirkere og ikke. De som ikke er klar over deres rolle som medvirker, kan klart nok ikke straffes for medvirkning til eksemplarframstilling, forholdet blir i høyden å vurdere som uaktsomt. For de som er klar over sin medvirkende rolle, vil jeg anta at medvirkningshandlingen ofte utgjør et ledd i eller er en «bivirkning» av en fildelingshovedhandling⁹⁵. For å oppnå (ulovlig) nedlasting av de filene man selv ønsker, anvender brukeren et program eller system som også setter ham i medvirkningsposisjon. Særlig kan dette være aktuelt der man i et P2P-nettverk også må laste opp filer for å få (god) tilgang på nedlastbare filer. Det at filene lastes opp forutsetter en forutgående tilgjengeliggjøring, men selve *opplastingen* fra den enkelte bruker til en annen må etter mitt skjønn kunne beskrives som medvirkning til eksemplarframstilling.

Et annet eksempel er kanskje den fildelingsentusiast som aktivt oppfordrer til nedlasting, samt bistår med tekniske ferdigheter for å få andre til å ta del i et fildelingsnettverk. Dersom brukerne personen overtaler først og fremst laster ned, og ikke opp, vil medvirkningen hovedsaklig dreie seg om medvirkning til eksemplarframstilling. Oppfordringen vil måtte beskrives som *psykisk* medvirkning, mens de tekniske ferdighetene som *fysisk* medvirkning.⁹⁶

⁹³ Filene fremstod for eksempel som såkalt «free-ware».

⁹⁴ Jfr. Andenæs (2005), s. 221.

⁹⁵ Altså enten tilgjengeliggjøring eller eksemplarframstilling.

⁹⁶ For en nærmere drøftelse av fysisk og psykisk medvirkning, se også pkt. 3.3.

Som et overordnet synspunkt kan det uansett slås fast at medvirkning til eksemplarframstilling⁹⁷ er en snevrere problemstilling enn medvirkning til tilgjengeliggjøring. Det er også slik lovgiver har ønsket rettstillingen, jfr. departementets uttalelser i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 34:

«Medvirkning til opphavsrettskrenkelser er straffbar [...]. Ved innføring av et særskilt straffansvar for privatbrukskopiering på basis av ulovlig eksemplar, vil også medvirkning til dette kunne rammes. Departementet foreslår at medvirkning til slik overtredelse følger samme skyldkrav som hovedhandlingen, det vil si at kun den forsettlig medvirkning rammes.»

⁹⁷ Jfr. § 54 tredje ledd jfr. § 12 fjerde ledd.

3 Ulike medvirkningshandlingers straffbarhet

3.1 Betydningen av at erstatningsbestemmelsen i åvl. § 55 henviser til vurderingstemaer i straffebestemmelsen § 54.

Erstatningsbestemmelsen i åvl. § 55, henviser til § 54 hva angår vurderingstemaet for erstatningsutmålingen. Skaden må «voldes ved overtredelse som nevnt i § 54», jfr. § 55, første ledd. Dette er en lovgivingsteknikk som har medført en viss usikkerhet med hensyn til hvilket beviskrav som skal legges til grunn. Ett av spørsmålene som reiser seg er om det er den strafferettslige uaktsomhetsvurderingen som skal anvendes ved den erstatning etter § 55. Et annet spørsmål er om det er mulig å fastslå erstatningsbetingende medvirkning etter § 55, selv om § 54 ikke er oppfylt.

Problemstillingen med denne henvisningen ble vurdert allerede i Ot.prp. nr. 26 (1959-1960), s. 110, og her fremkommer det at «[b]estemmelsene om erstatning ved overtredelse av lovens bestemmelser bør være i samsvar med våre erstatningsrettslige regler ellers». De «delegertes» forslag til § 53 (nåværende § 55) første punktum, lød: «Den skade som voldes ved en forseelse som nevnt i § 52 plikter den skyldige å erstatte.» For å gjøre det klart at «erstatningsansvaret ikke er betinget av straffansvar», endret departementet⁹⁸ forslaget ved å bytte ut ordet «forseelse» med «ulovlig handling». I Ot. prp. nr. 34 (1987-1988) foreslo Justisdepartementet den formulering som i dag er gjeldende § 55 første punktum: «Skade som voldes ved overtredelse som nevnt i § 54 [...] kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler.» Begrunnelsen var også her at bestemmelsen kunne misforstås.

Det kan fortsatt se ut til at henvisningen volder visse problemer. I Napster-dommen finner Høyesterett – med tanke på akkurat denne problemstillingen – grunn til å

⁹⁸ Dvs. Kirke- og undervisningsdepartementet i 1959.

presisere rettsstillingen. Det uttales at «[d]et er på det rene, og følger av forarbeidene, at erstatning kan kreves selv om det ikke er grunnlag for straffeansvar.» Videre presiseres det at det er de vanlige krav til bevis i erstatningsretten som kommer til anvendelse, «både til bevis for de objektive og de subjektive forhold [...]».

Rognstad hevder i sin artikkel om lenker på Internett fra 2005⁹⁹ at Napster.no-dommen ikke drøfter forholdet mellom det strafferettslige og erstatningsrettslige medvirkningsansvaret. Ovennevnte sitat fra Høyesteretts er uttalt i direkte forbindelse med det subsidiære grunnlag – altså medvirkningsansvaret. Jeg finner det nokså klart at Høyesterett antar at det er det erstatningsrettslige medvirkningsansvaret som legges til grunn. I den foreliggende sak kan det se ut til at også det strafferettslige ansvaret er oppfylt, da Høyesterett fastslår at det her var snakk om «forsettlige og meget klanderverdige medvirkningshandlinger». Det er kanskje dette som får Rognstad til å hevde at det virker som man legger det «strafferettslige medvirkningsansvaret» til grunn.

Uansett er det min mening at § 55 skal tolkes som om den inneholdt en egen erstatningsrettslig uaktsomhets- og forsettsvurdering. Følgelig vil det kunne tenkes forhold der straff ikke er aktuelt etter § 54, men erstatningspliktige etter § 55. Det forutsetter klart nok at gjerningsbeskrivelsen er oppfylt, slik at forskjellen beror på den erstatningsmessige ansvarsnormen er strengere enn den strafferettslige. I lys av alle endringer og misforståelser kan man spørre seg om ikke regelen i den opphevede lov om åndsverker § 21 egentlig var bedre. Også der henviste § 21 til § 20, slik som § 55 viser til § 54 i dag, men i den gamle lov var det eksplisitt nevnt at skaden måtte voldes ved den «forsettlige eller uaktsomme foretagelse av de i § 20 nevnte ulovlige handlinger». Her slapp man å lure på om det skulle foretas en selvstendig erstatningsrettslig vurdering.

⁹⁹ Rognstad (2005) s. 364.

3.2 Napster-dommen: lenking er medvirkning til tilgjengeliggjøring.

Høyesterett slo fast at lenking fra napster.no til filer med mp3-innhold måtte ansees som erstatningsbetingende medvirkning til tilgjengeliggjøring etter åvl. § 55. Nærmere bestemt heter det i dommen at «[l]enkingen har forsterket virkningen av opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken». Det ble ikke tatt endelig stilling til om lenking også kan ansees som tilgjengeliggjøring, men Høyesterett stilte imidlertid store spørsmålstegn ved konsekvensene av en slik forståelse av tilgjengeliggjøringsbegrepet.

3.2.1 Lenkingens opphavsrettslige betydning

Ettersom Høyesterett nølte med å slå fast at lenking ikke kan utgjøre tilgjengeliggjøring er det til dels uavklart i norsk rett i hvilken grad *lenketypen* kan ha innvirkning på de opphavsrettslige vurderinger. Hovedsondringen går mellom såkalte *referanselenker* og *hentelenker*, men det vil føre for langt å gå nærmere inn på den tekniske lenketypedebatten i denne oppgaven. Jeg velger likevel å foreta en beskrivelse av lenkingens betydning som sådan.

Slik faktum er presentert i Napster-dommen, var det der tale om lenker direkte til det nedlastbare innhold. Om lenketypenes betydning uttaler Høyesterett at det ikke fremstår avgjørende om det dreier seg om «den ene eller den andre av de nevnte lenketyper». Dette følges opp med at «det er vanskelig å se at dette bør være avgjørende for om verket må ansees for å være tilgjengeliggjort i åndsverklovens forstand».

I forbindelse med vurderingen av hva som er en selvstendig tilgjengeliggjøring viser Høyesterett til Smartkortdommen.¹⁰⁰ Her legges det til grunn at videreføring av en annens tilgjengeliggjøring er å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring, så lenge det gis en «noenlunde umiddelbar tilgang til verket». I Napster trekker retten også frem at det avgjørende må være «hvordan teknikken virker – om og hvordan tilgang gis.» Dette er i tråd med departementets syn i Ot.prp. nr 46 (2004-2005) s. 23, hvor det ved vurderingen av hva som er en offentlig fremføring eller ikke slås fast at «ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk kan anses som en

¹⁰⁰ Jfr. Rt. 1995 s. 35.

selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Det må etter departementets oppfatning være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket.»

Hans Marius Graasvold hevder i sin artikkel «Høyesteretts avgjørelse i Napster.no – var gjerdet lavere på den andre siden?»¹⁰¹, på bakgrunn av de ovenfor nevnte kilder, at lenkene som det var snakk om i Napster-saken «må betraktes som en tilgjengeliggjøring av verket det pekes til». Jeg er enig med artikkelforfatteren i at tilgangen som ble gitt ved lenkene i Napster-dommen skiller seg fra vurderingen av smartkortenes tilgangsrekkevidde i Smartkortdommen. Ved bruk av smartkortteknologien var det for eksempel ikke avgjort hvilke verk brukerne ville få se.

Likevel er jeg ikke enig i at en «direktelenking» av den art som fant sted på napster.no bør karakteriseres som tilgjengeliggjøring. Etter mitt syn oppfyller ikke denne type lenking kravet til «nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket».¹⁰² Høyesteretts uttalelse i Smartkortdommen fra 1995 gikk riktignok ut på at videreføring av en annens tilgjengeliggjøring blir å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring, der det gis en «noenlunde umiddelbar tilgang til verket». I vårt tilfelle må man kunne hevde at lenkingen gir brukeren en ganske direkte tilgang til verket. Når jeg er av den oppfatning at lenking ikke er tilgjengeliggjøring kommer det av at jeg ikke anser lenkingen for å være en videreføring av en annens tilgjengeliggjøring, bare en henvisning. Etter en naturlig språklig forståelse kan man muligens påstå at en slik lenking gjør verket tilgjengelig for flere personer, og at det derfor må være tilgjengeliggjøring. Juridisk sett må det mest hensiktsmessige være å betrakte lenkingen som medvirkning til tilgjengeliggjøring. En annen mulighet er å anse lenkingen for også å kunne være medvirkning til ulovlig eksemplarframstilling på basis av ulovlig kopieringsgrunnlag, men et slikt medvirkningsansvar rammer selvsagt annerledes.

¹⁰¹ Graasvold (2005).

¹⁰² Jfr. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), s. 23.

3.3 Handlingens omfang. Hvor stor del av filen må deles før man medvirker. Grensen for medvirkning.

Når det gjelder overtredelse av en *hovedhandling*, kreves det selvsagt til straffbarhet at man oppfyller hele den aktuelle gjerningsbeskrivelsen, jfr. pkt. 2.2. ovenfor. I forhold til tilgjengeliggjøringsforbudet¹⁰³ kan man hevde at et åndsverk er tilgjengeliggjort¹⁰⁴ selv om bare mindre deler av innholdet er gjort tilgjengelig. Den delen av verket som er lastet opp er uansett tilgjengeliggjort, men det kan nok tenkes en nedre grense.

Problemstillingen ser ikke ut til å være drøftet i forarbeidene, og jeg er ikke kjent med at det foreligger noen avgjørelser om emnet. Hovedgjerningene er heller ikke tema her, men vurderingen ovenfor kan sees i sammenheng med hvor stor del av filen som må deles før en kan sies å medvirke. Her kan det etter min mening være en viss forskjell.

Det ligger nemlig i medvirkningsbegrepets natur at det til straffbarhet ikke er nødvendig å bistå med tilgjengeliggjøring av hele filen, eller verket. Utgangspunktet er at enhver handling som fremmer utføringen av den ulovlige handling kan rammes. Fysisk medvirkning til tilgjengeliggjøring kan for eksempel gå ut på at man sørger for å opprette eller agere som et mellomledd mellom tilgjengeliggjørere og nedlaster, og i de fleste tilfeller vil det være fullstendige filer som overføres. Likevel er det langt fra sjelden at det i store fildelingssystemer forekommer skadede filer eller avbrutte nedlastingsforsøk¹⁰⁵. En hub-eier vil eksempelvis være medvirkende til tilgjengeliggjøringen av andres delte filer, ved at det er hub-eieren som sørger for at filene kan spres. Om brukerne laster ned hele eller halve filer, eller i det hele tatt, vil som nevnt ikke spille noen rolle for hub-eierens straffbare medvirkning til *tilgjengeliggjøring*. Om det ikke deles noe fullstendig innhold overhodet, kan det bare komme på tale med medvirkning i den grad hovedhandlingen er oppfylt.

Særlig ved fildeling med den såkalte BitTorrent-teknologien, kommer denne problemstillingen på spissen. Ved nedlasting (eksemplarframstilling) med hjelp fra et

¹⁰³ åvl. § 2, tredje ledd.

¹⁰⁴ Eller nærmere bestemt: at straffebudet er overtrådt.

¹⁰⁵ Forsøk kan være straffbart, jfr. § 54, femte ledd, og dermed også forsøk på medvirkning. Denne problemstillingen blir imidlertid ikke nærmere omtalt i denne oppgaven.

BitTorrent-program vil en bruker som laster ned en fil, som den store hovedregel¹⁰⁶ også tilgjengeliggjøre den nedlastede delen, inntil hele filen er lastet ned. Deretter deles hele innholdet så lenge brukeren ønsker det.¹⁰⁷ Selv om den svært partielle tilgjengeliggjøring kanskje ikke alltid er noen fullbyrdet hovedhandling, vil den etter min mening i alle fall kunne straffes som medvirkning til tilgjengeliggjøring.

Problemstillingen er ikke helt upraktisk, da filer overført via BitTorrent ofte er svært store, og det kan flere timer, til og med dager, å laste ned for eksempel en hel spillefilm. Det kan også skje at brukeren gir opp nedlastingen etter 50 % nedlastet fil, fordi brukeren har blitt lei av å vente, eller vil bruke båndbredden til annet. Selv om filen bare er halvveis nedlastet, vil filen ha verdi i den aktuelle nedlastingsgruppe (swarm). Så lenge brukeren ikke slutter å dele filen i BitTorrent-programmet, vil innholdet stadig kunne spres til andre som laster ned samme fil. Innholdet fra delvise filer kan kompileres¹⁰⁸ til en fullstendig fil så lenge alle delene er tilgjengelig. Mer praktisk er det at den delvise filen bidrar til systemets effektivitet ved at akkurat de delene av filen kan lastes ned fra flere steder, og effekten er der uavhengig av om det finnes flere andre (seedere) som deler hele filen.

3.4 Om *fysisk* og *psykisk* medvirkning til fildeling

Forskjellen mellom psykisk og fysisk medvirkning til fildeling skal her illustreres med en underrettsdom hvis saksforhold har fått en meget grundig redegjørelse, men som etter min mening hviler på galt avgjørelsesgrunnlag.

I «Direct Connect-dommen»¹⁰⁹ fra Oslo tingrett i 2004 ble saken avgjort på grunnlag av *psykisk* medvirkning. Saken gjaldt drifting av fildelingstjenesten Direct Connect (DC) hvor tiltalte ble dømt for å ha drevet tre ulike såkalte *DC-huber*. Retten kom til at

¹⁰⁶ For å omgå dette må brukeren selv konfigurere programmet (eller for eksempel ruterens) til å begrense den utgående trafikk, en prosedyre som til dels er forbeholdt mer avanserte brukere, og som hemmer systemets effektivitet. Dersom alle brukere gjorde dette ville fildelingen stoppe opp.

¹⁰⁷ Fra dette øyeblikk må handlingen sies å utgjøre en selvstendig tilgjengeliggjøring.

¹⁰⁸ Dvs. «settes sammen».

¹⁰⁹ RG-2005-1627.

fildelingstjenesten krenket opphavsretten, utøvende kunstneres rettigheter og fonogramprodusenters enerett.¹¹⁰

Selv om avgjørelser fra tingretten har liten rettskildemessig verdi generelt sett, anser jeg denne for å være en relativt viktig og prinsipiell dom. Særlig gjelder dette når retten i den aktuelle sak har drøftet rettskildene meget inngående.¹¹¹ Den psykiske medvirkningsteorien som er fremsatt kan følgelig virke overbevisende, særlig hvis man ikke er kjent med teknologien.

Retten legger tilsynelatende til grunn at det å drifte en DC-hub ikke er tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene til *fysisk* medvirkning. Dette begrunnes delvis ut fra at forholdet i den foreliggende sak skiller seg fra saksforholdet i Napster-dommen. Tingretten legger til grunn at forskjellen fra Napster ligger i at huben kun hadde «en ‘kontaktskapende’ funksjon». Det legges til grunn at «[u]tvekslingen av fillister og overføringen av selve filene gikk direkte brukertilbraker [sic] og ikke via hub’en». Etter min er ikke dette helt korrekt, da en del informasjon er nødt til å gå *via* huben, ellers vil brukerne ha svært begrenset mulighet til å søke opp andres filer. Det er for øvrig korrekt at fillister også kan lastes ned direkte fra andre brukere, men den langt foretrukne metode består i å søke etter innhold «på hele huben». Søket foregår ved at en tilknyttet bruker sender en forespørsel til huben, som svarer med å vise brukeren de aktuelle treff innen de tilknyttede brukere. Dette er mulig gjort ved at hver bruker laster opp sin filliste til huben, slik at en hub med eksempelvis 1000 brukere inneholder en kompilert oversikt over alle disse brukernes filer. Når så en bruker ønsker å finne en eller flere av disse filene, kan han enten foreta et søk på en utvalgt bruker via huben, eller på hele huben (dvs. blant alle brukere). Huben viser brukeren de aktuelle treff, og brukeren kan velge å trykke på et av treffene *som om det var en link på et nettsted*. Deretter kobles man direkte opp mot den brukeren som deler filen, på mange måter en prosess som tilsvarer en lenke på Internett som gir deg muligheten til å laste ned en fil fra en ekstern server.

¹¹⁰ De overtrådte bestemmelser var bl.a. åvl. § 54 første ledd bokstav a, jfr. annet til fjerde ledd, jfr § 2, og åvl § 54 første ledd bokstav d, jfr. annet til fjerde ledd, jfr. §§ 45 og 42.

¹¹¹ Retten henviser eksempelvis både til Andrawes-dommen (Rt. 1995 s 1228) og Orderud-saken (Rt. 2002 s. 1717).

Det lar seg riktignok hevde at en slik DC-hub også kan ha en effekt i form av psykisk medvirkning. Huben kan også ha en kontaktskapende rolle som bidrar til at folk blir fristet, eller overtalt, til å laste ned opphavsrettsbeskyttet materiale. Det er for eksempel velkjent at hub-teknologien åpner for kommunikasjon¹¹² mellom de påloggede brukere. Opplæring av nye fildelere kan med andre ord finne sted på denne måten. I den grad brukere påvirker andre brukere til å foreta nedlasting og opplasting, er dette klart nok et tilfelle av psykisk medvirkning. Der brukere bistår med teknisk informasjon om hvordan nedlastingen kan foretas, kan dette sees på som et råd, som igjen må vurderes som psykisk medvirkning.¹¹³

Det er også riktig at fysisk deltagelse *kan* bli vurdert som psykisk medvirkning.¹¹⁴ Ved en slik variant av psykisk medvirkning er det avgjørende at gjerningsmannens forhold vurderes individuelt.¹¹⁵ Ved alle typer straffebud og fysisk deltakelse, er faren for en smitteeffekt en del av grunnlaget for straffansvaret, og følgelig skal det noe mer til enn den rene smitteeffekt for å konstatere psykisk medvirkningsansvar. Husabø uttaler i Straffansvarets periferi, s 161, at «[d]et psykiske medansvaret skal berre kunna representera eit tilleggsansvar der det ligg føre psykisk støtte ut over det som sjølve den fysiske deltakinga måtte innebera». Hva angår Direct Connect-dommen ser det imidlertid ikke ut til at det er fysisk deltakelse som psykisk medvirkning som er drøftet. Det virker mer nærliggende å tolke dommen som om hubens medvirkning i strafferettslig forstand er utelukkende psykisk. Som psykisk medvirkning regnes i utgangspunktet når noen overtaler en annen til å utføre en forbrytelse, eller at medvirkeren gir gode råd, truer eller lurer noen til å begå en straffbar handling¹¹⁶.

Jeg er ikke enig i at Direct Connect-saken skiller seg fra Napster-dommen i så stor grad at en annen type medvirkningsansvar er aktuelt. Resonnementet i DC-dommen er særlig bygget opp rundt modellen vist i figur 8, og angår brukernes kommunikasjon med

¹¹² Såkalt «chat». Hubsystemet opererer med både «mainchat», som alle kan se, og privat kommunikasjon mellom brukere.

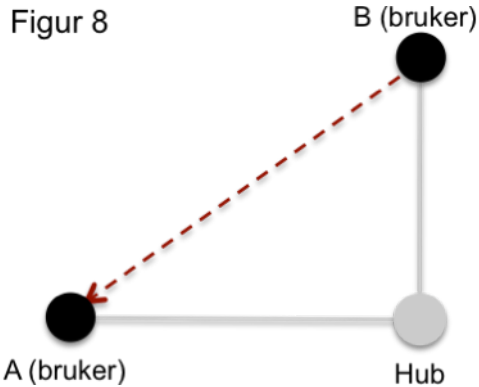
¹¹³ For en nærmere drøftelse om råd som grunnlag for psykisk medvirkning, se Husabø (1999) s. 139–141.

¹¹⁴ Jfr. Husabø (1999), s. 158.

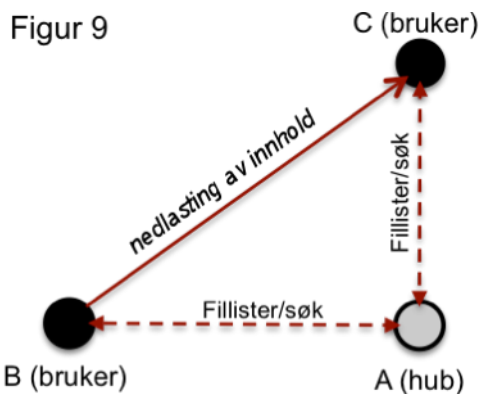
¹¹⁵ Jfr. for eksempel Rt. 1994 s. 1195. Saken gjaldt en ungdomsgjeng som hadde utøvd vold og skadeverk. Her klarte ikke herredsretten å bringe klarhet i hvem som hadde gjort hva, og dommen ble opphevet i Høyesterett hovedsakelig fordi det ikke var blitt foretatt noen «individuell vurdering».

¹¹⁶ Jfr. Andenæs (2005), s. 327.

hverandre etter at de er logget på en hub. Dette er en tilnærmet identisk kopi av tegningen inntatt i tingrettsdommen. Den stiplede linjen symboliserer «hvordan bruker B kommuniserer med bruker A etter at hub'en har opprettet kontakten mellom dem:»



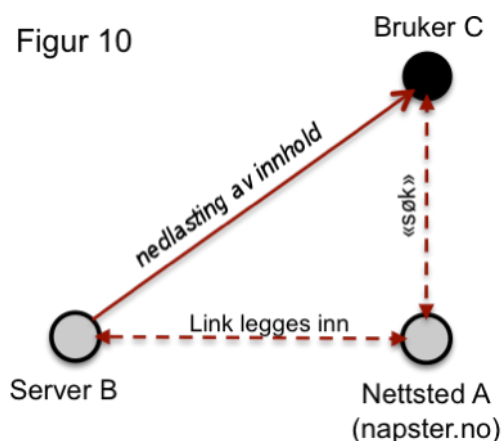
Nedenfor følger figur 9, som beskriver forholdet ut fra hvordan jeg oppfatter teknologien. Figuren skal sammenlignes med figur 10 for å belyse forskjellene og ulikhetene mellom saksforholdet til grunn for DC-saken og Napster-dommen:



Alle brukere som logger seg på huben laster opp informasjon om hvilke filer brukeren deler. Brukerne foretar søk i hubens samlede liste over filene til alle påloggede brukere.¹¹⁷ Hendelsesforløpet ved nettstedet napster.no vil jeg hevde kan tegnes med en meget tilsvarende modell:

¹¹⁷ Bruker B og C tilsvarer brukerne A og B i tegning 8, da jeg også tilegner huben en bokstav i sammenhengen.

Figur 10



Her vil både B selv, og for eksempel en utenforstående (ikke i figuren) bruker D, kunne legge inn linken på nettstedet napster.no. Deretter lastes innholdet ned fra der det egentlig ligger, nemlig hos B. Om B i dette tilfellet er en server, eller en bruker som deler filer, går ut på ett.¹¹⁸

Den fysiske medvirkningshandlingen at en link legges inn fra Bruker A på nettstedet er det som samsvarer best med hub-tilfellet, likevel slik at den interne tekniske sammenhengen er mindre fremtredende. Dersom en utenforstående C legger inn linken blir det en enda mindre intern sammenheng mellom bruker As handling, nettstedet og bruker B, men like fullt er det fysisk medvirkning som finner sted på «napster.no». Etter min mening vil det følgelig ofte være slik at det er en nøyere fysisk sammenheng mellom fildelingen via en hub, enn den fildelingen som et nettsted medvirker til ved at eksterne brukere legger til lenker.

Når disse forholdene etter min mening *juridisk sett* er ganske like, og teknisk sett forskjellige mest på den måten at huben og dens brukere er nærmere sammenknyttet enn en nettside og dens eksterne linker, er mitt syn at også denne type medvirkning er *fysisk*. Som et eksempel kan nevnes at eksterne linker fra et nettsted til et annet fra tid til annen er «døde», dvs. at innholdet ikke lenger finnes der lenken fører deg. På en hub oppdateres brukerne fortløpende og dynamisk om hvilke filer som faktisk er tilgjengelige. Feil her skyldes da gjerne feil fra en av brukerne, og er ikke et utslag av at

¹¹⁸ Ofte er det bare for brukeren å installere et program for at hans tilgjengeliggjøring kan beskrives som fildeling gjennom en «server».

huben er et «løst kontaktpunkt». At avgjørelsesgrunnlaget i denne dommen er galt, kan føre til at det skapes en viss presedens på underrettsnivå for at det er den psykiske medvirkning som skal vurderes i slike saker. Å fokusere på den psykiske medvirkning er dessuten en langt vanskeligere og mer ugunstig rent bevismessig.

I 2007 ble det avsagt dom av Jæren tingrett i en tilsvarende sak – den såkalte *Stavanger Dragon Hub*-dommen.¹¹⁹ Også dette gjaldt en DC-hub. Det var riktignok en tilståelsesdom, men dommeren legger til grunn at rettstilstanden er avgjort med Napster-dommen og den ovenfor nevnte DC-sak. Retten uttaler at den har «funnet det bevist at siktede har forholdt seg som beskrevet i siktelsen, og at han har handlet med forsett.» Ettersom siktelsen etter min oppfatning handler om fysisk medvirkning, kan man hevde at det er dette som legges til grunn. Ordene «fysisk» og «psykisk» er imidlertid ikke nevnt, og det kan tenkes at problemstillingen ble bevisst unngått. Rettstilstanden er etter dette klar på den måten at man kan straffes for å drifte en DC-hub, men uklar med hensyn til om medvirkningen er psykisk eller fysisk.

3.5 Medvirkeransvaret ved ulike fildelingssystemer og for ulike tjenesteytere

På bakgrunn av hvilken fildelingsteknologi som benyttes, vil en medvirkningshandling i ulik grad være tilknyttet hovedhandlingen. I noen tilfeller vil det for medvirkeren fremstå som ganske klart at det er ulovlige handlinger som blir fremmet med den aktuelle aktivitet. For en del av tilfellene kan medvirkningsrollen derimot fremstå som atskillig mer subtil, og dette kan få innvirkning på overtredelsens subjektive vurdering. Problemstillingen gjelder kort sagt hvor nær er man selve fildelingshandlingen, og her vurderes noen av de mest aktuelle fildelingsmetodene, sortert i synkende tilknytningsgrad. I opplistingen er det forsøksvis tatt høyde for både hvordan medvirkningen opptrer for brukeren, hvordan medvirkningen objektivt skjer, og om lovverket eventuelt beskytter medvirkningen.

¹¹⁹ TJARE-2007-6676.

3.5.1 FTP-server

Denne problemstillingen dreier seg om eieren av en FTP-servers medvirkning til fildeling. FTP-teknologien kan beskrives som et «tjener til klient-system». For en nærmere beskrivelse av dette fenomenet, se pkt. 1.2 og figur 1.

Medvirkningshandlingene i denne forbindelse retter seg spesielt mot de tilfeller der FTP-tjenerens administrator tillater både opp- og nedlasting fra eksterne brukere.

Dersom en bruker laster opp opphavsrettslig beskyttet materiale, i et tilfelle der servereieren vil kunne påberope seg å ha liten eller ingen kontroll med hva som lastes opp, kan dette oppfylle de objektive vilkår til *medvirkning til tilgjengeliggjøring*. I tillegg vil *medvirkning til eksemplarframstilling* være en aktuell problemstilling.

Som regel vil en server som tillater opplasting fra andre brukere, kreve passord og brukernavn, for eksempel slik at et passord gir nedlastingsadgang, og et annet passord gir adgang til både nedlasting og opplasting. Poenget med denne distinksjonen er at en administrator vil kunne sette opp serveren slik at det gis tilgang til hele serverens innhold for brukere som også laster opp nytt innhold – for eksempel nye filmer eller TV-serier. I et slikt tilfelle vil servereier både være tilgjengeliggjører av eget innhold på serveren, samt medvirkende til andres tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling.

Dette ansvarsgrunnlaget er også fastslått i avgjørelsene *Drink or die*-dommen¹²⁰ og *VeritasBB*-dommen¹²¹. *VeritasBB*-dommen er en tilståelsesdom der siktede ble dømt for å ha medvirket til både eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring. Domfelte hadde stått for opprettelsen av en nettside hvor personer i en fildelingsgruppe kunne publisere brukernavn og passord til FTP-servere med ulovlig innhold. Det ble lagt til grunn at det forelå skjerpene omstendigheter, særlig på bakgrunn av den organiserte struktur. Det ble uttalt at straffen ville blitt høyere dersom domfelte hadde vært mer aktiv og «stilt diskplass til disposisjon for lagring av beskyttede filer».

¹²⁰ Jfr. TOSLO–2003–19164.

¹²¹ Jfr. TOSLO–2005–106005.

I «Drink or die»-dommen dreide saken seg om to tiltalte som begge (bl.a.) hadde vært medvirkende til deling av «warez» – en samlebetegnelse for piratkopiert materiale¹²². De tiltalte ble dømt for å ha deltatt i det såkalte «Drink or die»-nettverket. A ble idømt både straff og erstatning for å ha medvirket til spredning¹²³ av filer fra egen server. B ble dømt for å både psykisk og fysisk ha medvirket til tilgjengeliggjøring. Den fysiske medvirkningen gikk ut på å vedlikeholde et såkalt «botnett»¹²⁴, som var nødvendig for driften av IRC¹²⁵-kanalene gruppen anvendte for å spre adresser og passord som igjen åpnet for nedlasting via FTP. Den psykiske medvirkningen gikk ut på å tilskynde spredningen av innhold, samt å gi råd og vink.

B ble frikjent på tiltalepunktet angående deling av innhold på server som han administrerte, da det ikke kunne bevises at innholdet ble delt utenfor det private området. Saksforholdet lå imidlertid helt på grensen, deling av innhold til 14 stk. kunne etter rettens oppfatning være nok, forutsatt at disse ikke var hverandre bekjent. Retten fant likevel ikke dette tilstrekkelig bevist. Retten tok i stedet opp spørsmålet om B kunne straffes for medvirkning til eksemplarfremstilling, selv om dette ikke var eksplisitt anført. Svaret på dette var at den påståtte tilgjengeliggjøring i dette tilfellet «konsumerer» eksemplarfremstillingen, da det var umulig for B å tilgjengeliggjøre filer uten også å medvirke til eksemplarfremstilling. Retten fant likevel ikke å kunne dømme for dette forhold, grunnet aktors presisering om at det var spredningen og ikke eksemplarfremstillingen man ønsket å ramme.

3.5.1.1 Skillet mellom tilgjengeliggjøring og medvirkning til tilgjengeliggjøring ved FTP-deling.

En annen betraktning angående de objektive vilkår er at både opplaster og servereier her foretar tilgjengeliggjøring, altså slik at servereier ikke bare har en medvirkende rolle

¹²² I denne saken bestod materialet hovedsakelig av dataprogrammer og digitaliserte filmer.

¹²³ Dommen bruker uttrykket «spredning» av filer, men det er strengt tatt snakk om fremføring, i og med at det ikke er fysiske eksemplarer som spres.

¹²⁴ En «bot» er et dataprogrammeringsverktøy som kan utføre oppgaver automatisk, og i IRC-nett kan en «bot» besvare enkle kommandoer som brukerne anvender.

¹²⁵ IRC står for *Internet Relay Chat*. Dette er en protokoll som lar personer kommunisere med hverandre over Internett i sanntid.

i det innhold andre laster opp. I tillegg vil det opplastede innhold utgjøre en ulovlig eksemplarframstilling, hvor eksemplaret havner på FTP-eierens hånd. For en utenforstående vil det i praksis være svært vanskelig å avgjøre hva andre har lastet opp til serveren utenfra, og hva administrator selv aktivt har plassert der. Man vil raskt kunne komme til å vurdere alle delte filer på serveren som et utslag av administrators tilgjengeliggjøring. Høyesterett uttaler i Napster-dommen at: «[v]idereføring av en annens tilgjengeliggjøring er å anse som en selvstendig tilgjengeliggjøring», jfr. også pkt. 3.2.1. ovenfor. Spørsmålet er om administratoren her må sies å videreføre det andre brukere laster opp til serveren. Høyesterett viser i denne forbindelse til eksempelet hvor det spilles musikk fra radio på arbeidsplassen¹²⁶. Utgangspunktet baserer seg likevel på den generelle betraktning at eneretten til tilgjengeliggjøringen ikke går tapt når verket tilgjengeliggjøres første gang.

Objektivt sett utgjør FTP-serveren et nødvendig vilkår for opplasterens hovedgjerning, nemlig tilgjengeliggjøringen, og således er det å tillate opplasting til en FTP-server som er tilgjengelig for allmennheten – eller for personer utenfor den «private sfære» – en medvirkningshandling. Hva angår den språklige forståelse av ordet tilgjengeliggjøring, vil det kanskje fremstå som noe tilfeldig at FTP-serverens eier kun *medvirker* ved å muliggjøre spredningen av enkeltbrukernes samlede tilgjengeliggjøringshandlinger. Om vi legger til grunn at servereier hadde fått filene tilsendt på annen måte, for deretter selv å legge dem på delt område på FTP-serveren, ville hele det delte innholdet måtte ansees som tilgjengeliggjøring fra FTP-administratorens side. Likevel er det slik at når andre brukere har lastet opp filer til serveren, vil filene være under administratorens kontroll. Serveren vil for eksempel kunne kobles fra eller til nettet etter administratorens ønske, og således vil filene være tilgjengelige bare når serveren er tilgjengelig. Brukere som her laster opp filer tilgjengeliggjør disse ved å laste dem opp til en FTP-server, men kontrollen over når, om, og hvor lenge filen deles, er utenfor opplasterens kontroll.

Etter min oppfatning vil servereierens medvirkningshandling kunne endre karakter til selvstendig tilgjengeliggjøring fra og med neste *programøkt*. Det må kunne antas at administratoren holder en viss oversikt over hva som lastes opp, og at det foretas en

¹²⁶ Jfr. Rt. 1953 633.

utvelgelse i forhold til hvilke filer som får bli liggende tilgjengelig på serveren. En slik aktiv utvelgelsesprosess vil kunne endre den objektive handlingens karakter fra å være en medvirkning til hovedhandling. Det kan hevdes at denne type administrering av opplastet innhold er å anse som en videreføring andres tilgjengeliggjøring. Følgelig er grensen mellom tilgjengeliggjøring og medvirkning til tilgjengeliggjøring ved fildeling med FTP-teknologi, vanskelig å trekke presist. Etter min mening skal det altså svært lite til før en FTP-eier som medvirker til tilgjengeliggjøring går over til å oppfylle de objektive vilkår for selve hovedhandlingen, for hele det innhold som deles.

Denne problemstillingen er ikke upraktisk, da FTP-opplasting er svært vanlig. Dette vil dessuten kunne ha betydning for om andres opplasting skal vurderes som tilgjengeliggjøring, og om FTP-servereieren bare medvirker til dette.

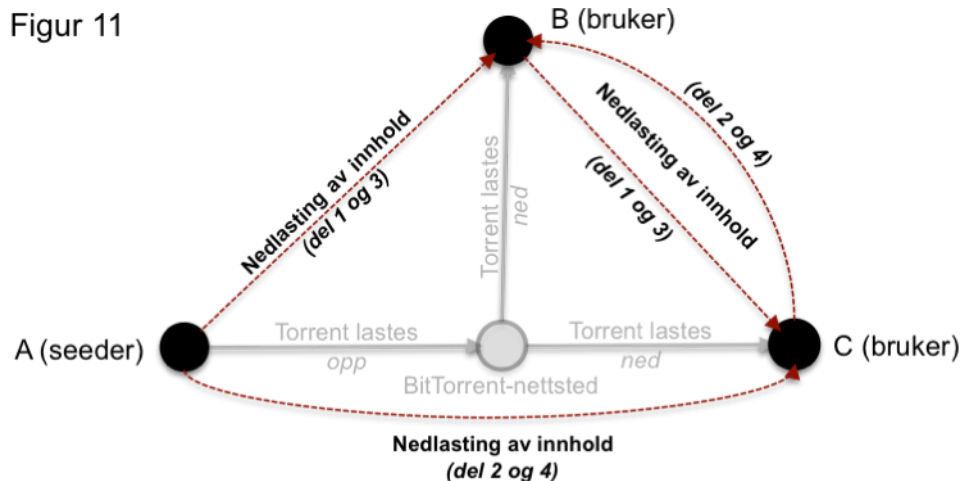
3.5.2 BitTorrent

BitTorrent-protokollen er et «klient til klient-system»¹²⁷ utviklet for å spre filer i et nettverk. Slike klient til klient-systemer skiller seg fra klient til tjener-teknologien som omtalt i pkt. 3.5.1. I motsetning til de tradisjonelle fildelingsteknikker tvinger BitTorrent-protokollen brukerne til å delta i fildelingsprosessen. Dette fører til man oppnår et nettverk av datamaskiner der store filer kan overføres raskere og mer effektivt.

Fildelingen skjer ved at en bruker finner en torrent-fil som peker til innholdet. Torrent-filen hentes som regel fra et nettsted, i denne sammenhengen blir nettstedet gjerne kalt en «index». Mer vanlig er det kanskje at et slikt nettsted kalles en «tracker», men i så fall driver nettstedet også en server som muliggjør overføringer mellom de såkalte «peers». Et kjent nettsted som opererer både som «index» og «tracker», er *thepiratebay.org*. Teknisk sett kan en torrent-fil også distribueres på andre måter, for eksempel via e-post. Når torrent-filen først er lastet ned, starter nedlastingen av selve filen via et BitTorrent-program, som brukeren må ha lastet ned og installert på

¹²⁷ Også kalt et P2P-system, fra engelsk: *Peer to Peer*.

forhånd.¹²⁸ Filen lastes ned i såkalte «blokker», og det er tilfeldig hvilken del av filen brukeren laster ned på hvilket tidspunkt. Hovedpoenget i denne forbindelse er at brukerne kan utveksle det delvis nedlastede innholdet, slik at fildelingen skjer raskere enn der hver bruker må laste ned hele filen fra en enkelt server. Figur 11 viser en forenklet modell av denne fildelingsprosessen med BitTorrent-teknologi.



Som det fremgår har seeder A lastet opp filen (del 1 til 4) totalt kun én gang, selv om både B og C nå har hele filen. Denne effekten forsterkes etter hvert som det kommer flere brukere til, og fildelingen skjer følgelig stadig raskere¹²⁹.

Bruk av standardoppsettene ved de mest utbredte BitTorrent-programmer fører til at det som lastes ned også lastes opp, hvilket kan overføre overtredelsens vurderingstema i åvl § 54 fra forsett til uaktsomhet. Ved ulovlig tilgjengeliggjøring er – som overnevnt – skyldkravet bare uaktsomhet. Ved nedlasting med BitTorrent-protokollen vil den gjengse fildeler ikke bare kunne gjøre seg skyldig i ulovlig eksemplarframstilling, men dessuten ulovlig tilgjengeliggjøring.

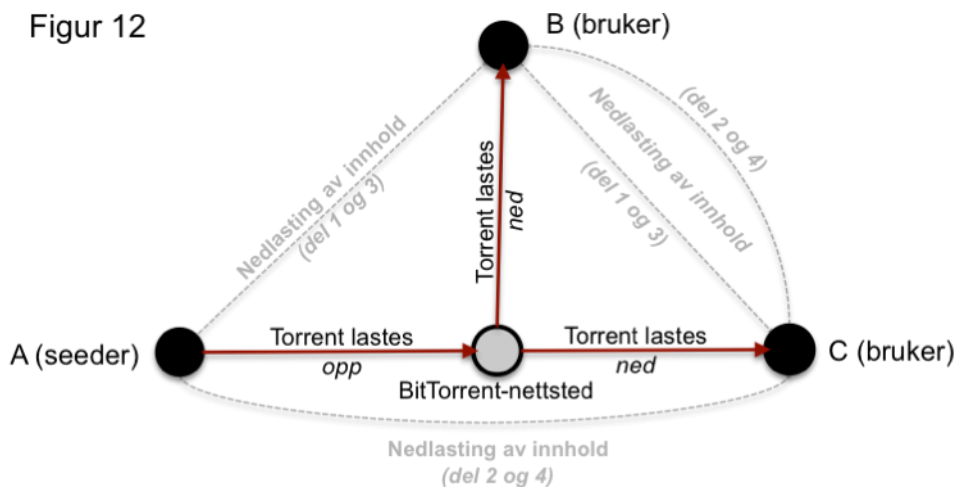
¹²⁸ Nettleseren Opera støtter likevel slik nedlasting, og en del brukere vil følgelig være i stand til å foreta en nedlasting med BitTorrent-protokollen uten at de har foretatt noe søk etter riktig programvare på forhånd.

¹²⁹ I realiteten vil en typisk multimedia-fil bestå av svært mange flere deler enn fire, og delingen blir følgelig svært oppsplittet, slik at det til enhver tid finnes flere brukere med hele eller forskjellige deler av filen tilgjengelig i det som gjerne kalles en «swarm». Den uthevede delen av figur 11 kan sees på som en forenklet swarm.

3.5.2.1 Spredning av torrents – medvirkning eller tilgjengeliggjøring

Det ser ut til å herske en utbredt oppfatning blant fildelere¹³⁰, at deling av BitTorrent-filer, *torrents*,¹³¹ aldri kan regnes for overtredelse av åndsverkloven, da disse ikke inneholder ulovlig innhold, men bare metadata som forteller brukerens BitTorrent-program hvordan filen kan lastes ned fra ulike seedere. Vi har ingen avgjørende dommer eller praksis som vurderer torrent-teknologien opp mot det som er fastslått for lenking. I Sverige er det imidlertid nylig blitt tatt ut tiltale i saken mot *thepiratebay.org*.¹³²

Figur 12



På bakgrunn av medvirkningslæren og åndsverkloven alene, må det kunne utledes at tilgjengeliggjøring av torrents som peker til opphavsrettsbeskyttet materiale er ulovlig. Etter Napster-dommen kan det ikke være rom for særlig tvil. Om man kan straffes for å ha lagret lenker til eksterne servere med ulovlig innhold, bør man også kunne straffes for å opptre som et nettsted for torrents som peker til ulovlig innhold.

Etter min mening kan altså torrent-nettstedet straffes for medvirkning til tilgjengeliggjøring og nedlasting av opphavsrettsbeskyttet materiale. Slike nettsteder vil i alminnelighet oppfylle de subjektive straffbarhetsvilkårene, ettersom de jevnt over promoterer sin rolle som torrent-søkemotor, og oppfordrer personer til å opprette flere torrents.

¹³⁰ Jfr. for eksempel fildeleres uttalelser i media og debattfora tilknyttet Aftenposten, Dagbladet og VG.

¹³¹ En torrent er en programfil som fungerer som en link til det egentlige innholdet.

¹³² Saken gjelder medvirkning til distribusjon av opphavsrettsbeskyttet materiale, og det er fire personer som er tiltalt, jfr. hardware.no (2008).

Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt tilgjengeliggjøring av torrents er medvirkning til tilgjengeliggjøring av innhold, eller om dette skal anses som tilgjengeliggjøring i seg selv. Enkelte hevder at lenking er tilgjengeliggjøring, og dersom man aksepterer at lenking og torrent-distribusjon skal behandles på en juridisk sett tilsvarende måte, bør torrent-nettsteder antas å medvirke til tilgjengeliggjøring.

De objektive vilkår for medvirkning ved bruk av BitTorrent-teknologien kan altså oppfylles både ved spredning av selve innholdet, og ved spredning av lenken til innholdet (torrenten). De subjektive vilkår vil antakelig lettest oppfylles ved nedlasting av selve innholdet, særlig i det en nedlasting som regel også fører til uaktsom opplasting. En nettside (tracker) som promoterer torrents og som oppfordrer personer til å dele torrents som lenker til opphavsrettsbeskyttet materiale, vil etter min mening raskt kunne befinne seg i en tilsvarende rettslig posisjon som napster.no.

3.5.3 Hub-eier

En hub-eier sørger for at brukere kan finne hverandres filer, ved å tilby direkte søkefunksjonalitet. En hubs hovedformål er å spre filer mellom brukere tilknyttet huben. Teknisk sett kan hub-eieren kontrollere nøyaktig hvem som slipper inn, og således er det for eksempel mulig å drifte en hub som for eksempel kun den private sfære får ta del i. I slike tilfeller vil medvirkningen ikke oppfylle de objektive vilkår, med mindre kopieringsgrunnlaget er ulovlig.

Mer aktuelt er det med store åpne huber som stiller krav til delt innhold for at brukeren skal få tilgang. På den måten sikrer hub-eieren seg mot at huben har mange påloggede brukere som ikke tilfører innhold. Det er selvsagt mulig å dele lovlig innhold, men de største hubene begrenser seg generelt ikke til dette.

De objektive vilkår for medvirkning til tilgjengeliggjøring og nedlasting, oppfylles følgelig relativt regelmessig for hva angår denne type huber. Når en bruker logger seg av huben, opphører dennes filer å være søkbare¹³³. Lenkene til filene forsvinner, og

¹³³ Tilgjengeliggjøringen avsluttes, og følgelig også hubens medvirkning. Se også pkt. 3.4.

innholdet har aldri vært på huben. Følgelig oppstår ikke her problemet med at hub-eierens medvirkning kan gli over i tilgjengeliggjøring (som hovedhandling), slik som ved bruk av FTP-teknologi¹³⁴. Hub-eierens rolle vil i utgangspunktet utelukkende handle om medvirkning. Likevel er det naturlig å si at hub-eieren som regel vil være svært nær hovedhandlingene, i den forstand at det er fildeling som er hovedformålet med en hub. De subjektive vilkår vil som regel kunne vurderes delvis ut fra noe så enkelt som hubens navn og hvor den blir «markedsført». Mange huber er svært ivrige etter nye brukere, og selv om hub-eiere ofte tar i bruk ansvarsfraskrivelser vil det i mange tilfeller være åpenbart for brukeren at det ikke er det lovlige innholdet som står i fokus.

En hub-eier av en viss størrelse kan ikke nødvendigvis klandres for at noen av brukerne deler ulovlig innhold. Det er på den annen side svært usannsynlig at en hub-eier i et gitt tilfelle ikke skulle legge merke til at det som hovedsakelig deles er ulovlig innhold. Dette er en teknologi der en hub-eier som regel foretar fortløpende delvis automatiserte undersøkelser av hva som er delt, ofte for å undersøke om brukere deler det gir inntrykk av.

3.5.4 Lenking til ulovlig innhold

Dette punktet omhandler problemstillingen med lenking som medvirkning til fildeling på Internett. Når en person legger til en lenke til ulovlig innhold på en nettside på Internett, kan denne personen sies å oppfylle de objektive vilkår til medvirkning til tilgjengeliggjøring og eventuelt¹³⁵ også medvirkning til nedlasting. For denne type aktivitet har vi den omtalte Napster-dommen å støtte oss til. Det er alminnelig antatt at det som i dommen ble avgjort i forhold til § 55, må gjelde tilsvarende for § 54.

I de fleste tilfeller kan man anta at personen vet hva slags fil og innhold det er snakk om. Personen har eksempelvis funnet innhold av interesse på Internett, lastet det ned og åpnet filen. Dersom personen nå legger ut en lenke til den nedlastede kopien delt fra

¹³⁴ Se pkt 3.5.1.

¹³⁵ Ved medvirkning til eksemplarframstilling i dette tilfellet er det et objektive vilkår etter § 12 fjerde ledd, jfr. § 54, at det faktisk skjer nedlasting, ettersom hovedgjerningen er den ulovlige eksemplarframstillingen.

personens egen maskin på nett, vil dette oppfylle de objektive vilkår til tilgjengeliggjøring (som hovedhandling) etter åvl. § 2 fjerde ledd, selv om handlingen utløses av en lenke. Dette viser at lenking *kan* medføre tilgjengeliggjøring, på den måten at lenken er den utløsende faktor i forbindelse med en selvstendig tilgjengeliggjøring.

Det kan riktignok hevdes at filen er tilgjengeliggjort fra det øyeblikk brukeren har lagt filen på delt område på egen FTP-server, selv der filen ligger i en ikke-søkbar mappe. Reelt sett vil det være nær sagt umulig for noen å finne filen før lenken publiseres. Om lenken da er den utløsende faktor, eller om den «skjulte» plasseringen ansees som tilgjengeliggjøring, er vanskelig å si. Enklere er kanskje eksempelet der det i et slikt tilfelle publiseres både lenke og nødvendige brukernavn og passord – filen er ikke tilgjengelig før informasjonen legges ut. Det vil imidlertid falle utenfor denne oppgavens mandat å vurdere denne grensedragningen nærmere.¹³⁶

Slik lenking vanligvis foregår, nemlig at personen velger å lenke til den aktuelle fil på Internett, fører lenkingen «bare» til medvirkning til tilgjengeliggjøring, jfr. pkt. 3.2. Det kan i den forbindelse også bli aktuelt med medvirkning til nedlasting, i den grad noen velger å følge lenken samt laste innholdet ned. De varianter medvirkning det her er snakk om er medvirkningshandlinger som forsterker hovedhandlingen. I tillegg kan det bli snakk om en mer tradisjonell type medvirkning hvor lenken ikke bare er forsterkende årsak, men nødvendig årsak til andres nedlasting. Følgelig vil handlingen kunne vurderes til medvirkning i visse tilfeller, også der hvor teorien om den forsterkende medvirkningshandling utelukkes, jfr. drøftelsen ovenfor og Husabøs forståelse av medvirkningsbegrepet. De subjektive vilkår er likevel strenge i denne forbindelse, det kreves forsett om medvirkning til eksemplarframstilling skal kunne straffes.

Generelt må det kunne hevdes at lenking som regel ligger lenger unna den faktiske hovedhandlingen, enn ved bruk av BitTorrent- eller Direct Connect-teknologi. Etter min mening vil den enkle tekniske metoden lenkingen utføres på kunne være et moment ved

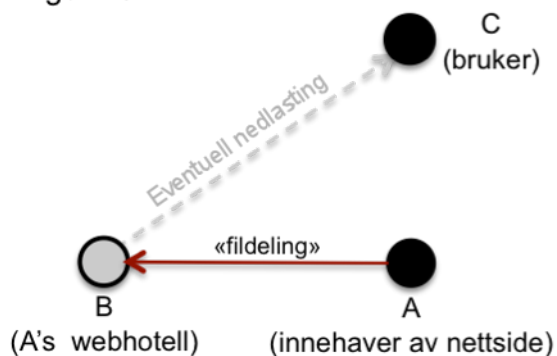
¹³⁶ Se også Rognstad (2005) s. 351.

vurderingen av den subjektive skyld. I langt større grad enn for de mer avanserte fildelingsmetodene er det her mulig gjennomføre en medvirkningshandling uten at man er klar over dette. Etter hva jeg kan skjønne vil den subjektive skyld være lettere å påvise hos nettstedet som innbyr til ulovlig lenking enn hos den enkeltperson som har lagt til en lenke.

3.5.5 Nettvert (webhotell)

En nettvert må i denne sammenhengen holdes adskilt fra den såkalte internettleverandør (ISP). Det er ofte slik at en internettleverandør også satser på å tilby nettvert-løsninger, mens en nettvert i noen tilfeller kan operere uten å samtidig å være en internettleverandør. Et annet ord for nettvert er *webhotell*, og virksomheten består i å leie ut plass på en webserver, hvor kundene kan legge ut filer (ofte *nettsider*) på Internett. Den aktuelle delen av webhotellet knyttes som regel opp mot et domenenavn.¹³⁷

Figur 13



En nettvert har altså direkte tilknytning til det kunden laster opp til webserveren, det vil si at nettverten medvirker til kundenes eventuelle tilgjengeliggjøring. Ehandelsloven innholder en del såkalte *immunitetsregler*¹³⁸, som har betydning særlig for denne type virksomhet. Nettvertens virksomhet nyter godt av bestemmelsen i § 18, ettersom en nettvert lagrer informasjon *på oppfordring fra en tjenestemottaker*, altså kunden.

¹³⁷ Et domene (eller domenenavn) er et unikt navn som referer seg til et bestemt IP-nummer på Internett.

¹³⁸ Jfr. ehandelsloven § 15, som slår fast at medvirkningsansvar bare foreligger i de tilfeller §§ 16–18 ikke fritar for straff.

Nettvertens ansvar er ikke med dette fullstendig avskåret. Det kan stadig komme på tale med straffansvar ved utvist forsett (§ 18 bokstav a) og det kan bli aktuelt med erstatningsansvar ved forsett eller grov uaktsomhet (§ 18 bokstav b). Dette skal likevel mye til, ettersom ehandelsloven § 19 begrenser nettvertens undersøkelsesplikt, og det en klage fra for eksempel rettighetshaverne vil ofte være nødvendig for at nettverten skal havne i ansvar. Og selv når forholdet blir påpekt, slik at nettverten blir klar over forholdet og dermed oppfyller for eksempel forsettskravet, kan nettverten bli straffri dersom bedriften sørger for å «treffe nødvendige tiltak» etter § 18 annet ledd.

I NOU 2007:2 er det også fastslått at ehandelsloven § 18 fører til at nettvertens *strafferettslige* medvirkningsansvar bare aktualiseres der det foreligger forsett. Det nevnes i den forbindelse at en rekke av datakrimutvalgets foreslåtte bestemmelser i ny straffelov, som setter grov uaktsomhet som skyldkrav, bare får anvendelse på nettvert som hovedmann.¹³⁹

3.5.6 Søkemotorer

Spørsmålet er her om søkemotorer kan straffes for medvirkning til tilgjengeliggjøring, dersom de ikke filtrerer bort «ulovlige» treff. Når det gjelder de objektive vilkår, mener jeg de må ansees oppfylt, nemlig at søkemotorer i alminnelighet faktisk medvirker til tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2 tredje ledd, jfr. § 54 tredje ledd. De subjektive vilkår er imidlertid noe vanskeligere å anse oppfylt. Søkemotorselskapet (eller søkemotorens tilbyder) kan ikke sies å opptre uaktsomt dersom det følger en forsvarlig norm hva angår hvilke søkeresultater som vises for brukeren. Den nærmere vurdering må likevel knyttes opp til det enkelte søk i den enkelte søkemotor, og det kan ikke sees bort fra at enkelte treff vil kunne bebreides tilbyderen som uaktsomme. NOU 2007:2 «Lovtiltak om datakriminalitet», stiller spørsmålet om hvordan en tilbyder av søkemotor skal plasseres i forhold til reglene i ehandelsloven. Nærmere bestemt pekes det på vurderingen av om en tilbyder av søkemotor kan ansees som en «tjenesteyter av informasjonssamfunnstjenester» etter ehandelsloven § 1 andre ledd, alternativ a eller b. Utvalget kommer ikke med noe forslag til hvordan søkemotoren faktisk skal vurderes,

¹³⁹ NOU 2007:2 s. 115.

men «nøyer seg her bare med å peke på problemstillingene uten å ta stilling til rettstillingen de lege lata».

Etter min oppfatning kan tilbyder av søkemotor ansees som slik tjenesteyter som nevnt i ehandelsloven § 3 bokstav a, jfr. § 1 andre ledd, bokstav b. Nærmere bestemt en tjeneste som består i å overføre informasjon over et elektronisk kommunikasjonsnett, hvilket er et av alternativene i bokstavs b oppregning. Tilsvarende mener jeg ordlyden i § 15 også kan ansees oppfylt, på bakgrunn av definisjonen i § 1 andre ledd bokstav b. Selve ansvarsfrihetsregelen i § 16, volder imidlertid større problemer, men slik jeg forstår loven er det § 1 som definerer om en tjeneste kan omfattes av ansvarsfrihetsbestemmelsene i §§16–18, og jeg mener § 16 dekker også søkemotorer, pga bestemmelsen i tredje ledd som igjen har sammenheng med § 1 andre ledd bokstav b.

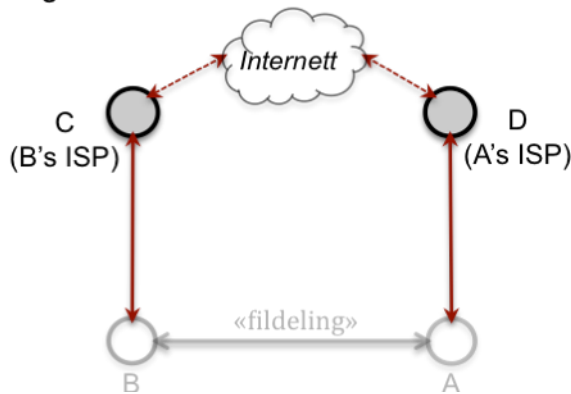
Jeg presiserer at denne lovtolkningen er usikker, og at forholdet er uavklart. Den skisserte lovtolkningen er etter min mening den mest nærliggende om man skal hevde at tilbyder av søkemotor omfattes av ehandelsloven.

3.5.7 Internettleverandører

Internettleverandørenes (ISP-enes¹⁴⁰) rolle kan vurderes ut fra spørsmålet om det finnes en grense mellom en medvirker og en som utelukkende er budbringer, jfr. doktrinen om dette i forbindelse med ærekrenkelser. Selv om avisbudet bidrar til tilgjengeliggjøring av ærekrenkende uttalelser, straffes han ikke, jfr. strl. § 254. Spørsmålet er om internettilbyderne kan straffes for medvirkning til ulovlig fildeling.

¹⁴⁰ *Internet Service Provider.*

Figur 14



Figur 14 viser at det *rettslig sett* foregår en fildelingshandling mellom person A og B. I dette eksempelet går vi ut fra at den aktuelle overføringsprosessen ikke kan finne sted uten at aktørene er tilknyttet Internett, og teknisk sett er det slik filoverføringen skjer. Internettleverandøren knytter sine abonnenter til Internett, og er derfor medvirkende til alt som på denne måten lastes ned eller opp. De objektive vilkår for fysisk medvirkning til både tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling vil dermed være oppfylt. Det er her særlig snakk om medvirkning av den typen som er nødvendig for at hovedhandlingen skal finne sted, men også medvirkning til intensivert spredning av allerede tilgjengeliggjorte filer kan tenkes.

Etter åndsverkloven kan internetttilbyderes eventuelle medvirkningshandlinger være straffbare. Ehandelslovens § 15 inneholder en immunitetsregel som nevnt i pkt. 3.5.5, og sammenholdt med §§ 16 og 17 fører dette til at internettleverandørene ikke kan straffes for medvirkning til deres kunders ulovlige fildeling. Uansett om det som ovennevnt teoretisk sett kan foreligge et straffansvar på bakgrunn av passiv medvirkning, skal det mye til før ansvaret aktualiseres.

For den reelle håndhevelse av forbudet mot tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling, er det imidlertid nokså avgjørende at det finnes rettslig grunnlag for å imøtegå nettverkstilbydernes medvirkning, jfr. § 20. I denne forbindelse hersker det flere oppfatninger. Det presiseres at det *ikke* er snakk om at internetttilbyderne skal overvåke kundene, for dermed å stenge tilgangen når noe ulovlig oppdages, jfr. ehandelsloven § 19. Bestemmelsen slår også fast at tjenesteyterne ikke har noen plikt

til å «undersøke forhold som antyder ulovlig virksomhet»; det skal med andre ord en del til for å kunne ansvarliggjøre denne type tjenesteytere.

Hvorvidt det kan kreves av leverandørene at de skal utestenge kunder som driver ulovlig fildeling, handler til dels om en tolkning av ehandelsloven. Ehandelsloven er (selvsagt) antatt å være i overensstemmelse med resten av lovverket, og det kan følgelig spørres om medvirkningshandlingene faktisk er lovlige handlinger når de utføres av tjenestetilbydere, eller om ehandelslovens bestemmelser bare er straffrihetsgrunner, eller såkalte immunitetsbestemmelser. Dersom bestemmelsene er å anse som straffrihetsgrunner, innebærer det at handlingen *i utgangspunktet* er straffbar også i disse tilfellene. I så fall vil det være mulig å rette en midlertidig forføyning mot tilbyderne, slik at medvirkningen kan kreves stoppet, selv om det ikke er aktuelt med straff. Slik jeg ser det er tjenestetilbydernes medvirkning ulovlig etter åndsverkloven, men straffri etter ehandelsloven, og da får ehandelsloven § 20 sin anvendelse.¹⁴¹ Om midlertidig forføyning kan besluttet i et konkret tilfelle må også vurderes ut fra tvisteloven § 34-1. Etter annet ledd kan det for eksempel bli aktuelt å vurdere hvorvidt et inngrep er forholdsmessig

3.5.7.1 Forholdet til den nye straffelov

Selv om internettleverandørene nyter et sterkt vern pga. ehandelslovens immunitetsbestemmelser, vil det særlig etter den nye straffelov åpne seg flere muligheter til å begrense internettleverandørenes for så vidt stadig ikke straffbare eller erstatningsbetingende medvirkning til fildeling.

I ny straffelov § 69 gis det hjemmel til å inndra «ting» som har vært brukt eller er bestemt til bruk for en straffbar handling. I annet ledd gjøres det klar at uttrykket «ting» også omfatter elektronisk lagret materiale. Inndragning er ikke «straff», men en *strafferettslig reaksjon*. Dette fører til at immunitetsreglene i ehandelsloven antakeligvis

¹⁴¹ Jfr. Ot.prp. nr. 4 (2003-2004), s. 40.

ikke er til hinder for at for at «inndragning i visse tilfeller kan ha en tjenesteyter¹⁴² som prosessuell motpart.»¹⁴³

Datakrimutvalget uttaler seg også om det tilfelle datamaskiner har blitt brukt i et fildelingsnettverk (for eksempel et P2P-nettverk). Om man ulovlig har delt musikkfiler på denne måte, peker utvalget på at datamaskinene vil kunne inndras. I tillegg vil det etter utvalgets mening være mulig å «stenge gjerningspersonenes internettforbindelse ved pålegg til tilbyderer av internetttilgangen».¹⁴⁴ Det presiseres at ny straffelovs § 76 ikke inneholder hjemmel for dette, men at internetttilgangen kan kuttes etter ny straffelovs § 56. Dette kan imidlertid bare skje «når allmenne hensyn tilsier det». Bestemmelsen er en «kan-bestemmelse», og gir domstolen rom for skjønn. I et slikt tilfelle bør domstolen vurdere om tap av rett til å bruke Internett er rimelig i forhold til den straffbare handling som er begått. § 58 avgjør at rettighetstapet ikke kan idømmes for mer enn 5 år av gangen. Jeg vil likevel tro at det skal påvises nokså grove fildelingsovertredelser før tap av rett til internetttilgang for selv kortere perioder blir aktuelt. Utvalget nevner likevel eksplisitt at de klart aktuelle eksempler på rettighetstap etter § 56 nettopp er «fradømmelse av retten til å bruke Internett», og dessuten «fradømmelse av rett til å bruke datamaskin».¹⁴⁵

Datakrimutvalget foreslår også en ny bestemmelse til den nye straffeloven, nemlig ny § 76a. I tillegg til at en bruker kan fradømmes retten til å bruke Internett etter § 56, vil også § 76a utgjøre et hjemmelsgrunnlag for å pålegge internetttilbyderen å stenge nettilgangen til gjerningspersonen. Forskjellen ligger i at et rettighetstap er mer inngripende, ettersom et rettighetstap til bruk av Internett vil hindre brukeren i å opprette en ny forbindelse hos en annen aktør. Utvalget fremhever imidlertid at de to tiltakene kan kombineres.

¹⁴² Som eksempel på tjenesteyter i denne sammenheng nevnes internettleverandør (ISP).

¹⁴³ Jfr. NOU 2007:2 s. 118.

¹⁴⁴ op.cit. s. 119.

¹⁴⁵ op.cit. s. 116.

4 Når er medvirkningshandlingen avsluttet

Som ovennevnt er det flere aktuelle medvirkningshandlinger på området for den ulovlige fildeling. Vurderingen av når handlingene skal ansees avsluttet i forhold til den underliggende hovedgjerning, vil variere med medvirkningens karakter. I denne forbindelse vil handlingene mest hensiktmessig kunne deles mellom medvirkning til tilgjengeliggjøring og eksemplarframstilling. I tillegg er det nødvendig å skille mellom handlinger foretatt forut for og under hovedgjerningene. Det er likevel særlig medvirkning som «forsterker» tilgjengeliggjøringen som her skal vurderes, da det er her problemstillingen kommer på spissen.

I utgangspunktet må generell strafferettslig medvirkningsteori¹⁴⁶ lede til at en opphavsrettslig medvirkningshandling ikke kan finne sted når tilgjengeliggjøringen er materielt avsluttet¹⁴⁷. Dette må gjelde selv om medvirkningshandlingen skal vurderes separat, jfr. pkt. 2.2. Handlingen oppfyller nemlig ikke lenger de objektive vilkår for medvirkning. Dersom en tilgjengeliggjør stanser tilgjengeliggjøringen fra sin server, vil den som har medvirket til å intensivere spredningen ved å publisere lenker til innholdet på den serveren, objektivt sett være utenfor medvirkning. Dette må gjelde selv om filen har rukket å spre seg videre, slik at medvirkningen har ført til at filen fortsatt er «i omløp». Medvirkeren er kanskje skyldig i at filen stadig sprer seg, men medvirkningshandlingen er avsluttet.

Uavhengig av medvirkerens skyld eller innblikk i situasjonen vil medvirkerens rolle rent faktisk være utspilt idet lenken (medvirkningen) ikke lenger kan føre en potensiell nedlaster til innholdet.¹⁴⁸ Dette leder til den noe uvante situasjon der medvirkningshandlingen kan avsluttes uten at medvirkeren er klar over dette. Subjektivt

¹⁴⁶ Disse prinsipper er gyldige også ved vurderingen av de strafferettslige medvirkningshandlingene etter åndsverkloven, jfr ovenfor.

¹⁴⁷ Jfr. Husabø (1999) s. 93

¹⁴⁸ I et slikt tilfelle vil lenken være «død».

sett kan det i disse tilfeller ofte være slik at medvirkeren tror han stadig sørger for at det opphavsrettsbeskyttede innholdet spres på nettet. Medvirkeren oppdager for eksempel først etter én uke at filen ikke lenger er tilgjengelig.

Siden den subjektive viljen til å oppfylle hovedgjerningen kan være oppfylt, kan det vurderes om dette kan straffes som forsøk på medvirkning. Ved medvirkningsforsøk gjelder intet krav om at hovedgjerningen må være fullbyrdet, og det spiller i denne sammenhengen ingen rolle den aktuelle hovedmannen befinner seg i sin gjerning. Det kreves altså ingen ytre relasjon til hovedhandlingen, det er bare medvirkerens fullføringsforsett som avgrenser medvirkningsansvaret i disse tilfeller. Dette vil si at hovedgjerningen i medvirkerens forsett må være så konkretisert at medvirkeren ser for seg «ei bestemt krenking av eit bestemt brotsverk.»¹⁴⁹

Selv om dette vilkåret er oppfylt, blir det likevel å snu forsøkskravet på hodet hvis medvirkningsforsøket skal ansees som et resultat av bortfallet av medvirkningens ytre relasjon til hovedgjerningen.¹⁵⁰

Medvirkningshandlinger foretatt etter fullbyrdelsen, men før den materielle avslutning, bør dermed ansees avsluttet på tidspunktet for den relaterte tilgjengeliggjøringens opphør. For eksempel vil en død lenke være en avsluttet medvirkningshandling, selv om lenken da den var aktiv førte til nye tilgjengeliggjøringshandlinger og eksemplarfremstillinger som stadig sprer seg. Selv om medvirkningshandlingen er avsluttet kan altså konsekvensene av den avsluttede handling fortsette å bre om seg. I teorien kan man da bli ansvarlig for flere eksemplarfremstillinger enn det man direkte var med på å medvirke til, men dette vil i alminnelighet føre med seg vanskelige bevisspørsmål. Dette ansvaret vil igjen kunne begrenses av læren om adekvans, jfr. Andenæs (2005) s 132.

¹⁴⁹ Jfr. Husabø (1999) s 253.

¹⁵⁰ Skulle man likevel insistere på å kalle dette et forsøk på medvirkning, kan det i så fall hende man må kalle det et absolutt utjenlig forsøk, med den følge at straffansvar ikke blir aktuelt. Se for øvrig Andenæs (2005) s. 352.

5 Avsluttende kommentar

Fremstillingen ovenfor viser at fildelingsteknologien er i rask utvikling. Det er følgelig en utfordring å holde lovverket à jour med de stadig nye tekniske løsningene. Det finnes eksempelvis en del problemstillinger som ikke enkelt lar seg løse ut fra tolkning av lovteksten, og som det heller ikke er tatt stilling til i forarbeidene. Særlig på grunn av teknologiens kompleksitet spiller domstolene en viktig rolle ved avgjørelsen av hvor grensen for den straffbare medvirkning til fildeling skal gå. Det er vanskelig for lovgiver å på forhånd klart definere grensen for de straffbare handlingene, ettersom det fortløpende oppstår ny teknologi og nye tekniske løsninger å forholde seg til. På ett område fungerer for eksempel den tekniske løsningen på en slik måte at det er kan være tvilsomt hvordan hovedgjerning og medvirkning henger sammen¹⁵¹, og her kan det etter min mening raskt skje endringer.

Når dette er sagt er det likevel viktig å poengtere at man bør unngå å trekke teknikken inn på en måte som kun forvansker de rettslige vurderingene. Etter min mening er det flere ulike tekniske løsninger som kan løses på bakgrunn av de samme juridiske resonnementer. Napster-dommen hadde slik jeg ser det en større prejudikatsverdi for DC-saken¹⁵² enn det tingretten la til grunn. Debatten rundt ulike lenkers opphavsrettslige betydning kan være et annet eksempel på at man i for stor grad lar tekniske detaljer virke inn på den rettslige vurderingen. Så lenge man ikke går seg vill i de tekniske problemstillingene, er det altså ikke helt umulig å regulere dette rettsområdet, og det vil dessuten være mulig å si noe om hvor grensen for medvirkning går. Forhåpentlig har drøftelsen over bidratt til en klarere forståelse av denne grensen.

¹⁵¹ Se drøftelsen i pkt. 2.2.3

¹⁵² Se pkt. 3.4.

6 Register

6.1 Litteraturliste

Andenæs (2005)

Andenæs, Johs. *Alminnelig Strafferett* 5. utg. Oslo, 2005

Andenæs (1940)

Andenæs, Johs. *Av medvirkningslæren i norsk rett*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1940, s 237.

Husabø (1999)

Husabø, Erling Johannes *Straffansvarets periferi*. Bergen, 1999.

Rognstad (2005)

Rognstad, Ole Andreas *Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av norsk Høyesteretts dom i Napster.no-saken* Publisert i: NIR 2005 s. 344.

Graasvold (2005)

Graasvold, Hans Marius *Høyesteretts avgjørelse i Napster.no – var gjerdet lavere på den andre siden?* Publisert i: Lov&Data nr. 82 i 2005.

Aftenposten (2008)

Bjørkeng, Per Kristian og Henriksen, Arve *Lite gehør for piratkamp* Publisert i: Aftenpostens nettutgave (26.03.2008) [Sisert 15.04.2008].
http://www.aftenposten.no/kul_und/musikk/article2327230.ece

hardware.no (2008)

Dahl, André Kristoffer, *Tiltale mot The Pirate Bay klar*. Publisert på: hardware.no (01.02.2008) [Sisert 20.04.2008].
http://www.hardware.no/artikler/tiltale_mot_the_pirate_bay_klar/48019

6.2 Lover

1930	Lov om åndsverker av 6. juni 1930 nr. 17	
1961	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12 mai 1961 nr. 2.	<i>åvl.</i>
2002	Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr 34.	<i>fkjl.</i>
2003	Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) av 23. mai 2003 nr. 35.	<i>e-hl.</i>
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20 mai 2005 nr 28. [ikke i kraft]	<i>Straffeloven 2005</i>
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 90.	<i>tvL.</i>

6.3 Forarbeider

NOU 2007:2	<i>Lovtiltak om datakriminalitet</i>
Ot.prp. nr. 26 (1960-61)	<i>Om lov om opphavsrett til åndsverk</i>
Ot.prp. nr. 34 (1987-1988)	<i>Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.</i>
Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)	<i>Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.</i>
Ot.prp. nr. 44 (2001-2002)	<i>Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)</i>
Ot.prp. nr. 4 (2003-2004)	<i>Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven)</i>

6.4 Direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001
(Opphavsrettsdirektivet)

6.5 Dommer

Rt. 1908 s. 790		s. 20, 28
Rt. 1953 s. 633	<i>Bedriftsmusikk</i>	s. 46
Rt. 1989 s. 1004		s. 22
Rt. 1994 s. 1195		s. 40
Rt. 1995 s. 35	<i>Smartkort</i>	s. 35, 39
Rt. 1996 s. 211		s. 19
Rt. 2005 s. 41	<i>Napster</i>	s. 6, 9, 17, 20, 22, 23 34–49, 61
Rt. 2007 s. 687	<i>Big Brother</i>	s. 26
RG-2005-1627	<i>Direct Connect</i>	s. 38
TOSLO-2003-19164	<i>Drink or Die</i>	s. 44
TOSLO-2005-106005	<i>VeritasBB</i>	s. 44
TJARE-2007-6676	<i>Stavanger Dragon Hub</i>	s. 43

6.6 Liste over figurer

Figur 1	<i>FTP-server (1)</i>	s. 5
Figur 2	<i>P2P-nettverk</i>	s. 6
Figur 3	<i>FTP-server (2)</i>	s. 7
Figur 4	<i>Internettside</i>	s. 7
Figur 5	<i>Medvirkningshandlingene</i>	s. 15
Figur 6	<i>Internettside (2)</i>	s. 16
Figur 7	<i>FTP-server (3)</i>	s. 18
Figur 8	<i>Direct Connect</i>	s. 41
Figur 9	<i>Direct Connect (2)</i>	s. 41
Figur 10	<i>Napster.no</i>	s. 42
Figur 11	<i>BitTorrent (1)</i>	s. 48
Figur 12	<i>BitTorrent (2)</i>	s. 49
Figur 13	<i>Nettverter</i>	s. 53
Figur 14	<i>Internettilydere</i>	s. 56